

**ACERCA DE LA RESERVA ESPAÑOLA DE 1979
A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL CONVENIO EUROPEO
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE 4
DE NOVIEMBRE DE 1950**

Fernando Pignatelli y Meca
Doctor en Derecho
General Consejero Togado ®
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

I.- Introducción. A. Consideraciones generales. B. Concepto, caracteres, objeto, efectos y clases de reservas. C. No exigibilidad de la aceptación unánime de la reserva y compatibilidad de esta con el objeto y fin del tratado. II.- Las reservas a los tratados multilaterales de derechos humanos. III.- Formulación y retirada de las reservas en el derecho español. A. La formulación de las reservas. B. La retirada de las reservas. IV.- La reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y la cuestión de sus efectos en relación con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. A. Antecedentes. B. La declaración española de 2007 manteniendo la reserva de 1979. C. Los efectos de la reserva de 1979 desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 a su registro por el Secretariado del Consejo de Europa. D. La cuestión de la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil: la ignorancia inexcusable o la intencionada persistencia del legislador disciplinario en la generación del desdoro internacional de España.

I. INTRODUCCIÓN

A. CONSIDERACIONES GENERALES

La institución jurídica de la reserva tiene su origen y desarrollo en el seno de las relaciones convencionales colectivas, cuando *se inicia el multilateralismo* en las relaciones internacionales con el Acta Final del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815 –en el momento de su firma, Suecia y Noruega formularon la primera reserva–, que España no suscribió, y con el posterior Tratado de indemnizaciones de París de 20 de noviembre de 1815, al que el 2 de diciembre de 1816 España, al adherirse al mismo, formuló una declaración –en realidad, una reserva, aun sin utilizar la expresión–, excluyendo, de hecho, la aplicación de su artículo 11, que reiteraba otras disposiciones del Acta Final –los artículos 99 y 105 de la misma, relativos a la cuestión de los Ducados italianos y a la retrocesión a Portugal de la plaza de Olivenza– igualmente rechazadas por nuestro país, aunque al suscribir España posteriormente, el 7 de mayo de 1817, el Acta Final renunciando al conjunto de sus iniciales reivindicaciones, viniera ello a comportar, ya en aquella fecha, una suerte de rudimentaria retirada de reserva¹.

Posteriormente, la práctica de esta institución se extendió con los Convenios codificadores del *ius in bello* y arreglo pacífico de controversias de las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907, consolidándose tras la Segunda Guerra Mundial con la proliferación de los tratados multilaterales generales y abiertos².

Desde el punto de vista de la técnica convencional, la reserva solo puede tener por objeto disposiciones contenidas en un *tratado multilateral*, puesto que en el tratado internacional de carácter bilateral la reserva comporta una propuesta de enmienda de determinadas disposiciones previamente pactadas, lo que supone que las partes habrán de llegar a un nuevo acuerdo al respecto sobre esta suerte de contraoferta en que la reserva consiste en este caso.

¹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier: «Las reservas a los tratados internacionales. Un examen de la práctica española». Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1991, págs. 58 a 63, 77 a 81 y 405 a 407; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados». Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 213.

² Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: «Derecho Internacional». McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 260 y 261; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 213.

En efecto, en el ámbito de los tratados internacionales multilaterales, en cuanto procedimientos de creación de normas jurídicas internacionales, la institución jurídica de la reserva cumple la *doble función* de permitir, de un lado, que pueda participar en tales tratados un gran número de Estados, fomentando así una amplia cooperación internacional y de facilitar, de otra parte, en tanto manifestación de la soberanía estatal, que el Estado se comprometa únicamente respecto a aquellas obligaciones jurídicas que esté dispuesto a asumir al mismo tiempo que expresa su voluntad de vincularse jurídicamente, de modo que constituye la reserva un elemento de particularización del régimen convencional aplicable al Estado en función de sus intereses³.

La de las reservas es *una de las más discutidas instituciones del Derecho de los tratados*. Los detractores insisten en el daño que las reservas suponen para la integridad del tratado multilateral que, desnaturalizado, se fragmenta en una porción de confusos e inestables regímenes bilaterales, en los que participan los Estados que se han obligado incondicionalmente por el tratado, los que han formulado reservas diversas al mismo, los que las han aceptado y los que las han objetado total o parcialmente, consintiendo o no en la aplicación del tratado en sus relaciones con los autores de las reservas; al grave inconveniente de la fragmentación se añade el de la desigualdad en el nivel de compromiso de los Estados y el propiciamiento de las actitudes oportunistas de los que explotan una imagen de cooperación sólo aparente, al vaciar de contenido sus obligaciones mediante reservas⁴.

Por su parte, los partidarios de la institución alegan que gracias a las reservas se facilita y abrevia la adopción y entrada en vigor de los tratados y se favorece la más amplia participación en los mismos, objetivo prioritario como puso de relieve la Comisión de Derecho Internacional –CDI– en su Informe de 1966; las reservas sólo atentan contra la integridad del tratado cuando son numerosas y afectan a disposiciones fundamentales del mismo; no son una vía para la evasión de obligaciones sino para lograr que acepten algunas quienes, de no ser así, no van a comprometerse; y, en cuanto a la desigualdad entre las partes provocada por las reservas, y aunque ha de reconocerse que la misma se produce en relación con las obligaciones que han de ser observadas *per se*, independientemente de que las asuman también otros Estados –así, el compromiso de respetar los derechos humanos, que no ha de depender de que los demás acepten la misma obligación–,

³ Vid. BONET PÉREZ, Jordi: «Las reservas a los tratados internacionales». José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1996, págs. 13 y 14.

⁴ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 230.

nada se gana, aun admitiendo la desigualdad, impidiendo a un Estado formular una reserva y devenir Parte en el tratado, pues si la situación de quienes se obligan sin reservas va a ser, en todo caso, la misma, resulta ventajoso y deseable para el tratado que otros Estados se obliguen por él en cierta medida y no que no sean Partes en él de ningún modo⁵.

Así pues, esta de las reservas a los tratados multilaterales es, desde luego, una de las cuestiones más controvertidas actualmente en el ámbito del Derecho de los tratados, más aún cuando, además del problema de los efectos jurídicos que las mismas producen y del inventario de cuestiones sin resolver por la actual regulación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 –que alcanza a treinta y dos cuestiones según inventaría la doctrina⁶ siguiendo el *Primer Informe* del Relator especial del Derecho de los Tratados⁷–, desde hace años se viene cuestionando si el sistema de la Convención de Viena de 1969 resulta adecuado en su aplicación a las reservas formuladas a determinados tratados como son los relativos a los derechos humanos, cuyas disposiciones, en su mayoría, carecen de carácter sinalagmático –que comporta que el principio de reciprocidad de los efectos jurídicos de la reserva, que preside las relaciones entre el Estado que la formula y todos los demás Estados Partes en el tratado, se proyecta permanentemente en las relaciones entre uno y otros–, de manera que no se nutren de las concesiones de la reciprocidad, sino que configuran obligaciones absolutas de carácter objetivo⁸, tratados respecto a los que el sistema de reservas de la Convención de Viena de 1969 ha sido calificado de *enteramente inadecuado, rudimentario y primitivo, e incluso fragmentador y subdesarrollado*⁹.

Buena prueba de la necesidad de conferir certidumbre a las reglas codificadas en Viena en materia de reservas es que la CDI, a sugerencia de los debates habidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 46.º período de sesiones¹⁰, incluyó en 1993 el examen del tema de las reservas a los tratados en su programa de trabajo a largo plazo¹¹, si bien bajo la idea de preservar el acervo jurídico en materia

⁵ Ibidem, págs. 230 y 231.

⁶ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa: «Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena». Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004, págs. 13 y ss.

⁷ Vid. Doc. A/CN.4/470, p. 124 y ss.

⁸ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 17 y 18.

⁹ Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: Voto Razonado a la Sentencia de la CIDH de 22 de enero de 1969, asunto Blake contra Guatemala (reparaciones), Serie C., núm. 48, p. 10, 23 y 39.

¹⁰ Vid. Doc. A/CN. 4/L.469, p. 469.

¹¹ Vid. Doc. A/CN.4/L.473/Rev.1, p. 21 y 23.

de reservas consagrado en la Convención de Viena de 1969 en razón de considerar que sus reglas en la materia, que, como dice el Relator en el Primer Informe, « *fueron incluidas de nuevo en la Convención de 1986*»¹² –en referencia a la Convención sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en Viena el 21 de marzo de 1986 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que todavía no se encuentra en vigor, que consta de ochenta y seis artículos, de los que los primeros setenta y dos reproducen, *mutatis mutandis*, el tenor de los pertinentes preceptos de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969–, habían adquirido, ya entonces, valor consuetudinario, de manera que, sin prejuzgar ni modificar las disposiciones al efecto de la Convención de 1969, se precisaran las mismas, colmando sus lagunas y eliminando sus ambigüedades, para lo que habría de adoptarse una serie de directrices, lo más complejas y exhaustivas posible, para alumbrar la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, plasmadas en una *Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados* en forma de proyecto de directrices comentadas.

La práctica ha confirmado que la facultad de formular reservas no ha producido los perjuicios ni los beneficios que los hostiles y los apologetas de la institución pronosticaron. Las reservas, además de poco numerosas, afectan, en su mayoría, a disposiciones secundarias de los tratados –pues cuando un Estado considera perjudicados sus intereses por una disposición fundamental o por el tratado en su conjunto, lo normal es que no manifieste su consentimiento–; y también ha confirmado que la esperanza de que gracias a la posibilidad de formular reservas se obtendría más fácil y rápidamente el consentimiento de los Estados y una más amplia participación en los tratados no se traduce suficientemente en la realidad, pues el número de Estados miembros de la comunidad internacional ha aumentado más en los últimos años que la media de participación en los tratados multilaterales, sin que las manifestaciones del consentimiento en obligarse de los Estados se caractericen hoy por la rapidez¹³.

El derecho a formular reservas se encuentra previsto en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, facultad que solo se excepciona en el caso de que las propias disposiciones del tratado bien prohíban expresamente su formulación, bien autoricen únicamente ciertas reservas –artículo 19 a) y b) de la Convención– o en el caso de falta de regulación convencional específica, lo que

¹² Vid. Doc. A/CN. 4/470, p. 155.

¹³ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 231 a 233.

impide que puedan formularse reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado –artículo 19 c)–.

El sistema articulado en la Convención de 1969 se basa en la libertad de los Estados de formular reservas, tal y como resulta tanto del sentido permisivo enunciado en el primer inciso de su artículo 19 –«*un Estado podrá formular una reserva ...*»–, libertad sólo limitada –«*... a menos ...*»– por las tres excepciones señaladas a continuación por dicho precepto, como de la advertencia de que el silencio o imprevisión del tratado no equivale a prohibición, si bien el de reservar no es un derecho absoluto del Estado pues aparece vinculado al tratado respecto del que la reserva se propone, de manera que ésta no puede desencadenar ningún efecto fuera del propio tratado ni más allá de la medida que el mismo establezca¹⁴.

B. CONCEPTO, CARACTERES, OBJETO, EFECTOS Y CLASES DE RESERVAS

La reserva, en cuanto institución típica del Derecho de los tratados, pone en evidencia la flexibilización a que puede verse sometido el contenido de un convenio en atención al principio de soberanía de los Estados, facultados, por la vía unilateral de la reserva, a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del mismo en su aplicación a dichos sujetos¹⁵. Aun cuando se ha afirmado la imposibilidad de contener en una definición un fenómeno tan complejo y dinámico como es el de las reservas¹⁶, la fijación del *concepto* de esta institución jurídica permite determinar las características, objeto y efectos de la misma.

La doctrina conceptúa la reserva como *una declaración de voluntad de un Estado que va a ser Parte en un tratado, formulada en el momento de su firma, de su ratificación o de su adhesión –o en el de su aceptación o aprobación– con el propósito de no aceptar íntegramente el régimen general del tratado –excluyendo de su aceptación determinadas cláusulas o interpretándolas para precisar su alcance respecto del Estado autor de tales declaraciones– y que, una vez aceptada expresa o tácitamente por todos los demás contratantes o algunos de ellos, forma parte integrante del tratado mismo*¹⁷, o como *una declaración unilateral formulada por escrito*

¹⁴ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 84 y ss.

¹⁵ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 369.

¹⁶ Vid. DÍAZ BARRADO, Cástor: «Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados». Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 72.

¹⁷ Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: «Instituciones de Derecho Internacional Público». Editorial Tecnos, Madrid, 2009, pág. 167.

*por un sujeto de Derecho internacional al manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado multilateral y con la que, sea cual sea la denominación que se le de, se pretende excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese sujeto*¹⁸.

La facultad del Estado para reservar por vía convencional la aplicación de normas de Derecho internacional general parte de la base de que, como dice el artículo 2.1 a) de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, «se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular», es decir, una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las normas del Derecho internacional¹⁹, pues ningún Estado puede estar vinculado por obligaciones contractuales que no considere apropiadas²⁰. La reserva viene a ser así una de las más originales instituciones del Derecho de los tratados, ajustada a la naturaleza de una sociedad internacional descentralizada y alejada de los conceptos propios del Derecho interno de los contratos, tan influyentes, sobre todo en un tiempo pasado, en la regulación de otros aspectos de los tratados²¹.

Por su parte, el artículo 2.1 d) de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 entiende por reserva «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado»; habiéndose adherido España a la Convención de 23 de mayo de 1969 mediante Instrumento de 26 de mayo de 1972 y habiendo sido la misma publicada en el BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, ésta es, desde entonces, la definición legal de reserva en nuestro ordenamiento interno *ex* artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil. Este concepto ha sido mantenido sin cambios sustanciales en las

¹⁸ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 208.

¹⁹ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, op. cit., pág. 179.

²⁰ Vid. TOMUSCHAT, Ch.: «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», en «Comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1966, Draft Articles on the Law of Treaties». *ZaöRV*, 1967, pág. 466.

²¹ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 207.

Convenciones de Viena de 1978 –artículo 2. j) – sobre sucesión de Estados en materia de Tratados y de 1986 –artículo 2.1 d)– sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y confirmado por la jurisprudencia internacional²².

De esta definición convencional se han extraído los siguientes *elementos característicos*²³: se trata de una declaración unilateral de carácter formal hecha por un Estado, de naturaleza accesoria –puesto que pretende la particularización del acuerdo internacional respecto al sujeto internacional que la formula–, externa –por su modo de realización– al texto convencional y que debe formularse forzosamente por escrito –a la vista del artículo 23.1 de la aludida Convención de Viena de 1969, dados los efectos jurídicos que produce en el marco del tratado–; ha de ser necesariamente formulada en un momento preciso que coincide con la firma, ratificación, aceptación o aprobación del tratado o con la adhesión al mismo del Estado que la formula, de manera que aparece vinculada a la prestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, pues el único momento posible para formular la reserva es el de la manifestación de dicho consentimiento; y su objeto es la exclusión o modificación de ciertas disposiciones –o de determinados efectos jurídicos– del tratado respecto de quien la formula, disposiciones –o efectos jurídicos– que habrán de especificarse con claridad, evitando las reservas generales o imprecisas, siendo este objeto el elemento esencial para poder calificar como reserva a una declaración unilateral vinculada a un tratado, para lo cual dicha declaración debe interpretarse de conformidad con el sentido corriente que deba atribuirse a los términos en que haya sido formulada y dentro del contexto general del propio tratado internacional.

Recogiendo los elementos que configuran lo que el Relator llama *definición de Viena* (es decir, los elementos que integran la definición de los respectivos artículos de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 –la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, adoptada en Viena el 23 de agosto de 1978– y 1986), la directriz 1.1 de la Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados de la CDI afirma que «*se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un*

²² Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, op. cit., pág. 168. Cita al respecto el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto sobre delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido y Francia o la STEDH de 29 de abril de 1988 en el asunto Belilos.

²³ Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 61 y ss.

tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión de un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa Organización».

El *objeto* de la reserva consiste en excluir o modificar los efectos de ciertas disposiciones del tratado en relación con el Estado reservante, en alterar, en definitiva, el contenido y alcance –material, subjetivo, territorial, temporal, etc.– de los derechos y obligaciones de las partes, dimanantes de disposiciones tanto sustantivas como adjetivas o instrumentales²⁴.

La declaración unilateral en que la reserva consiste tiene, pues, por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado o a la organización internacional que la formula o, incluso, como dice la directriz 1.1.1 de la Guía, «*del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos*», a fin de recoger la práctica, «*extremadamente corriente*», de las llamadas *reservas transversales*, dirigidas a excluir o modificar el tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos del mismo –ciertas categorías de personas u objetos–, a situaciones o circunstancias bien determinadas –las derivadas de una situación de conflicto armado– o por razones particulares relativas a la situación del autor de la reserva –preservando su estatus de neutralidad o exonerándose de responsabilidad debido al reparto territorial de competencias mediante la denominada *reserva federal*–²⁵.

En cuanto a las *clases* de reservas, estas pueden ser, por su objeto, *de exclusión de cláusulas, de modificación de cláusulas o interpretativas de cláusulas*. Con las primeras se pretende evitar todos o alguno de los efectos jurídicos que se derivan de la cláusula o cláusulas objeto de la reserva, es decir, descartar la aplicación de determinadas cláusulas de un tratado, de algunos de sus párrafos o apartados; las cláusulas, párrafos o apartados contemplados por esta última clase de reservas pueden ser uno o varios, si bien hay un límite que la reserva no ha de rebasar si desea conservar su condición: la declaración no puede excluir partes enteras del tratado, pues lo contrario defraudaría el tenor del artículo 17.1 de la Convención de Viena de 1969 a cuyo tenor «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 a 23, el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello*». Por su parte, las reservas de modificación aspiran no a excluir sino a reducir, restringir o limitar los efectos jurídicos

²⁴ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 210.

²⁵ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 40 y ss.

de determinadas disposiciones de un tratado, pues el sujeto que las formula pretende cumplir una obligación prevista en el tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por este. Y, por último, mediante las interpretativas el sujeto que las formula condiciona su consentimiento a una determinada interpretación de la cláusula objeto de la reserva²⁶.

También pueden ser *sustantivas* o *adjetivas*, *procesales* o *instrumentales*, según traten de excluir o modificar, en relación al Estado reservante, ora los efectos de disposiciones del tratado que protegen un derecho sustantivo, ora disposiciones convencionales relativas a competencias procesales –generalmente concernientes a procedimientos de solución de controversias o a la competencia de los órganos encargados de dirimir o resolver tales controversias–²⁷.

C. NO EXIGIBILIDAD DE LA ACEPTACIÓN UNÁNIME DE LA RESERVA Y COMPATIBILIDAD DE ESTA CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

Con el paso de los años, el régimen jurídico de las reservas ha cambiado radicalmente. A lo largo del siglo XIX y hasta 1950 la hostilidad de la entonces prevalente concepción contractualista se tradujo en la inadmisión de las reservas a menos que, en el caso de no estar previstas en el tratado, mediara la aceptación expresa de todos los Estados interesados, rigiendo, por tanto, el *principio del consentimiento unánime*, aunque su aplicación había sido dulcificada a partir de las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 al introducirse la presunción irrevocable de aceptación de las reservas no objetadas en un plazo determinado; de acuerdo con este principio cada Estado tenía una especie de derecho de veto sobre las reservas ajenas, de manera que la objeción de uno impedía al reservante devenir contratante y lo excluía del círculo subjetivo del tratado²⁸.

La regla de la unanimidad en la aceptación de las reservas, cuya razón de ser era el mantenimiento de la unidad jurídica de la norma convencional –en la que la integridad del convenio y la igualdad de las partes era el valor primordial frente a posibles alteraciones unilaterales de su contenido obligacional– contra la ruptura del equilibrio contractual alcanzado que la

²⁶ Vid. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, op. cit., pág. 169; vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 210 y 211.

²⁷ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 235 y ss.

²⁸ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa M., DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, op. cit., pág. 261.

reserva comporta, abocó al mantenimiento de rígidas posiciones defensivas frente a todo intento de alterar el contenido del tratado en favor de una de las partes, viniendo a justificar el Consejo de la Sociedad de Naciones en su Memorandum de 17 de junio de 1927 la regla de la unanimidad de la aceptación de reservas como procedimiento aplicable en ausencia de cláusulas de reserva²⁹; de acuerdo con este principio del consentimiento unánime –orientado a la salvaguarda de la unidad e integridad del tratado– cada uno de los Estados interesados podía impedir, mediante su rechazo de la reserva formulada por otro Estado, que éste último deviniera contratante y Parte en el tratado, excluyéndolo del círculo subjetivo del mismo.

Únicamente en un ámbito regional específico, el americano, se abrió paso con anterioridad a 1950 un criterio menos rígido, alimentado ideológicamente por la fuerza de los derechos soberanos del Estado y no por la energía consensualista. De acuerdo con la denominada *regla panamericana mínima*, propuesta en 1932 por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, se dio pie en las relaciones interamericanas a una práctica que permitía la entrada en vigor del tratado multilateral entre el Estado que formulaba una reserva y aquellos que la aceptaban, pero no entre el reservante y los Estados que la objetaban, combinando así el afán por ampliar la participación en los tratados con el reconocimiento de que las reservas no podían ser, en ningún caso, impuestas contra su voluntad a los demás Estados³⁰.

Ante la formulación de numerosas reservas por los Estados a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 sin que existiese en el texto de la misma cláusula alguna que previese aquella posibilidad³¹, dicha Asamblea solicitó a la Corte

²⁹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 111 a 113 y 407 y 408.

³⁰ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 214.

³¹ *Ibidem*, págs. 214 y 215. A punto de alcanzarse el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión exigido por el artículo 13 de la Convención para su entrada en vigor, algunos de los instrumentos –Bulgaria, Filipinas– contenían reservas, que eran objetadas por otros contratantes –Ecuador, Guatemala–, mientras que Estados signatarios aún no contratantes habían firmado con reservas –Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia– o con objeciones a las reservas ajenas –Reino Unido–. En la Sexta Comisión de la Asamblea General, frente a los sostenedores del principio de la unanimidad –Francia, Reino Unido– se alzaron –bajo el liderazgo de la Unión Soviética– los países socialistas sosteniendo el derecho inalienable de cada Estado a hacer las reservas que le pluguesen en virtud de su soberanía e igualdad, sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás; entre ambas posiciones quedaron quienes auspiciaban la generalización de la regla panamericana –entre ellos, Estados Unidos– y los patrocinadores –Holanda, Israel– de otras opciones intermedias, como la sustitución del principio del consentimiento unánime por el mayoritario o la admisión de regímenes diferenciados según la naturaleza del tratado.

Internacional de Justicia –CIJ–, mediante su Resolución 478 (V), de 16 de noviembre de 1950, una opinión sobre una serie de aspectos relacionados con la cuestión de las reservas.

La Opinión Consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951 viene a suponer la quiebra del sistema anterior en materia de reservas –básicamente consistente en la necesidad de aceptación unánime de las mismas–, descartando el principio tradicional de la unanimidad basado en una concepción contractualista de la absoluta integridad del tratado y dando primacía al criterio de universalidad en la participación de los Estados, si bien esta concepción universalista viene atemperada por el *criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado*, como medida protectora, al menos en lo esencial, de éste³², siendo competente cada Estado Parte para determinar la consideración del Estado reservante como Parte en el tratado, es decir, para decidir discrecionalmente acerca del efecto jurídico de la reserva en sus relaciones con el Estado reservante³³.

Por una apretada mayoría de siete a cinco –cuatro de los cinco jueces en minoría suscribieron una opinión disidente, mejor construida que el propio dictamen, en la que sostuvieron el principio del consentimiento unánime y subrayaron la incertidumbre, la fragmentación y el caos a que podía conducir el evanescente criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, apreciado a su manera por cada Estado contratante–, la CIJ, lejos de confirmar el principio del consentimiento unánime –reflejado en la práctica de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas–, declaró que éste no se había convertido en una norma de Derecho internacional; frente a la concepción de la absoluta integridad del tratado cabía contraponer, en ciertos casos –como era el de la Convención sobre el Genocidio–, un objetivo de universalidad, bastante para justificar la admisión de reservas secundarias que respetasen el objeto y fin de la Convención. A juicio de la CIJ, ante el silencio de un tratado eran su objeto y fin los que limitaban, de un lado, la libertad de hacer reservas y, de otro, el derecho de objetarlas; un juicio de compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado debía mover a los contratantes, actuando individualmente, a aceptar u objetar las reservas formuladas por otros. Siendo éste un juicio descentralizado, la aceptación de unos Estados podía chocar con la objeción de otros; estos últimos, en sus relaciones con el autor de la reserva, podían considerar que no era éste parte en el tratado, pero una exclusión absoluta solo podía ser la

³² Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 179 y ss.

³³ Ibidem, pág. 184.

consecuencia de una decisión de carácter jurisdiccional o de una objeción unánime, hipótesis ambas muy improbables³⁴.

Es decir, la Opinión Consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951, relativa a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio –cuyo objeto era aclarar los efectos jurídicos derivados de ciertas reservas formuladas a dicha Convención, en la que no existe disposición alguna que regule expresamente dicha institución jurídica–, supuso una novedosa aproximación a la cuestión de las reservas a los tratados internacionales multilaterales y una ruptura con la antigua concepción de las reservas, introduciendo el principio de la no exigibilidad de la aceptación unánime de la reserva para que el Estado reservante pueda llegar a ser Parte en el tratado, y el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado –que implica el respeto, en sus elementos esenciales, de la integridad del mismo–, junto con la valoración individual de cada Estado Parte a través de su derecho a formular objeciones a las reservas incompatibles, y realizando una delimitación de los efectos jurídicos de la relación que se genera entre el Estado que formula la reserva y el que la objeta³⁵, orientándose actualmente la doctrina y la práctica por estas directrices –que, en su momento, fueron objeto de crítica en el seno de la CDI, favorable al mantenimiento del criterio general de la unanimidad³⁶, contrario al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado³⁷ y, en definitiva, a que los Estados que formularan reservas a un tratado multilateral pudieran llegar a ser partes en él a pesar de las objeciones a tales reservas de algunas de las partes³⁸–, que vinieron a ser apoyadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 598 (VI), de 12 de diciembre de 1952 y 1452 (XIV), de 7 de diciembre de 1959³⁹ y por los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969⁴⁰, preceptos que suponen el abandono definitivo de las reglas

³⁴ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 214.

³⁵ Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 29 a 31.

³⁶ Vid. Doc. A/1858, págs. 3 a 9.

³⁷ Ibidem. pág. 6, p. 24.

³⁸ Ibidem, pág. 7, p. 25.

³⁹ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 215 y 216. La Asamblea General –Resolución 598– acabó conformándose con la opinión de la CIJ en lo concerniente a la Convención sobre el Genocidio, y, respecto a las convenciones futuras, dejó a cada Estado el cuidado de extraer, de las comunicaciones que recibiese del Secretario General en su papel de depositario, las consecuencias jurídicas que estimase oportunas, siendo este criterio confirmado y extendido en 1959 a todas las convenciones auspiciadas por Naciones Unidas de las que era depositario el Secretario General por la Resolución 1452, de 7 de diciembre.

⁴⁰ Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., págs. 31 a 39.

clásicas sobre las reservas y la consagración de los nuevos principios al respecto⁴¹, resultando ser tales preceptos, según la Sentencia de la CIJ de 20 de diciembre de 1988 –asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas; Nicaragua contra Honduras⁴²–, la cristalización de verdaderas normas de Derecho internacional general⁴³.

En definitiva, la CIJ, en su Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, marca el punto de inflexión de la construcción teórica y de la práctica estatal respecto de la institución jurídica de la reserva, que viene a convertirse desde entonces en una de las técnicas fundamentales al efecto de lograr el objetivo primordial que es la universalidad de las convenciones, si bien el sistema flexible de formulación de reservas, de carácter liberal, impone, como último y único límite a la soberanía estatal en el proceso de creación normativa convencional, el que las reservas formuladas resulten compatibles con la esencia misma del tratado, reconociendo así un gran margen de actuación estatal al formularlas y, paralelamente, el mismo liberalismo para aceptarlas por los demás contratantes. Dicho criterio es asumido y desarrollado por la CDI desde 1962 y posteriormente, con algunos matices, por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969⁴⁴.

En efecto, en 1962 la CDI, al advertir que la práctica de los Estados y de la Asamblea General de las Naciones Unidas no había corroborado los planteamientos que hasta entonces había mantenido –fieles al principio del consentimiento unánime o favorables a la implantación del principio mayoritario, tratando de ofrecer reglas seguras para las zonas en sombra de la práctica–, se decidió a seguir –con ciertas dosis de vacilación– las directrices de la Opinión Consultiva de la CIJ⁴⁵.

A su vez, los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 rinden homenaje a la doctrina de la CIJ, aunque, de hecho, la Convención se aleja de ella para ajustarse más a la regla panamericana mínima, cuyas consecuencias apura en un sentido muy favorable para el reservante⁴⁶.

El criterio de la *compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado* viene consagrado en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, precepto que establece el principio general de que cualquier Estado tiene derecho a formular reservas –«*un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de*

⁴¹ Vid. DÍAZ BARRADO, Cástor, op. cit., págs. 19 y 20.

⁴² Vid. CIJ, Recueil. 1988.

⁴³ Vid. CIJ, Recueil. 1988, pág. 69.

⁴⁴ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 409 y 410.

⁴⁵ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 216.

⁴⁶ Ibidem, pág. 216.

adherirse al mismo», salvo las excepciones expresadas en los párrafos a) a c) del mismo –que la reserva esté prohibida por el tratado; que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; que la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado–, conteniéndose en este último la cuestión de la excepción de incompatibilidad con el objeto y fin del tratado; y, por su parte, el artículo 20 de la Convención contiene, *a contrario sensu*, la norma tradicional de la aceptación de la reserva, expresa o tácitamente, por los Estados interesados, en los supuestos en que en el propio tratado no esté expresamente prevista la reserva, si bien en la actualidad el abandono de la práctica del consentimiento unánime y su sustitución por el consentimiento tácito es consecuencia del considerable número de participantes en las convenciones internacionales, resolviendo la cuestión el artículo 20.5 de la Convención de Viena⁴⁷.

Este criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, como criterio general supletorio que determina la formulación y admisión de las reservas a los tratados multilaterales, tiene actualmente *carácter general y universal* a la vista del artículo 19 c) de la Convención de Viena de 1969, siendo este el principio crucial que, pese a sus debilidades, sustenta todo el entramado de la Convención acerca de las reservas, conciliando así la universalidad del tratado multilateral general y su integridad a través de la conservación de sus elementos nucleares, es decir, del objeto y fin del mismo, estimando que todo tratado contiene una disposición implícita que limita la posibilidad de formular reservas que lo contradigan⁴⁸, estimando la CDI que el criterio de la compatibilidad es el que «*reviste mayor importancia a los fines de la determinación de la licitud de las reservas*»⁴⁹.

Respecto a las consecuencias que comporta la declaración de una reserva como incompatible con el objeto y fin del tratado –y, por ende, ilícita e inadmisible–, se plantea la cuestión relativa a determinar los efectos que produjo la reserva incompatible cuya nulidad contaminó la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse. Dado que la constatación de la ilicitud puede ocurrir mucho después de la expresión del consentimiento del Estado y haber producido entretanto efectos jurídicos, se trataría de aplicar a la reserva inadmisible los criterios que, en general, rigen el

⁴⁷ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 192 a 196.

⁴⁸ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 369 a 371.

⁴⁹ Vid. Conclusión 1.^a de las «Conclusiones Preliminares adoptadas por la Comisión sobre las reservas a tratados multilaterales normativos, en particular los relativos a los derechos humanos». Informe CDI 49º –1997–, Doc. A/52/10, p. 157.

alcance temporal de los efectos de la nulidad de los tratados según el artículo 69.2 a) y b) de la Convención de Viena de 1969, restableciendo, en la medida de lo posible, la situación anterior –es decir, la que habría existido si no se hubiese formulado la reserva–, sin que, por el solo hecho de la nulidad, resulten ilícitos los actos ejecutados de buena fe, constituyendo la *restitutio ad pristinum* un derecho cuyo alcance puede ser negociado por las partes⁵⁰.

En cualquier caso, la CDI se ha decantado⁵¹ por la inseparabilidad de la reserva inadmisibles, es decir, porque los Estados afectados por una decisión del órgano de supervisión del tratado apreciando la inadmisibilidad de una reserva como contraria al objeto y fin de aquél son los únicos jueces de las intenciones con que han formulado dicha reserva, por lo que, en consecuencia corresponde a ellos, en exclusiva, determinar si optan por modificar su reserva de manera que desaparezca la ilicitud, por retirarla o, incluso, por renunciar a ser Partes en el tratado⁵², postura que tiene visos de convertirse en definitiva en razón de determinados pasos dados por la Comisión durante la confección de la Guía de la práctica en materia de reservas a los tratados⁵³.

Los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena ofrecen un conjunto de disposiciones sobre la formulación, admisión, efectos jurídicos y retirada de las reservas llamadas a aplicarse en defecto de las previsiones que, al respecto, puedan encontrarse en los tratados. El carácter supletorio latente en dichos preceptos se hace patente en la coletilla que, en algunos de sus apartados –artículos 20.1, 3, 4 y 5 y 22.1, 2 y 3–, advierte que lo en ellos dispuesto se aplicará «*a menos que el tratado disponga otra cosa*». En este sentido, es recomendable que los tratados incluyan una cláusula sobre reservas, como aconsejó la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 598 (VI), de 12 de diciembre de 1952. El Consejo de Europa cuenta desde 1962 y 1980 –como luego veremos– con su propia *marca de fábrica*, es decir, cláusulas-tipo o criterios de uniformación u homologación a los que se ajustan los convenios elaborados bajo sus auspicios⁵⁴.

De acuerdo con el artículo 20.1 de la Convención de Viena de 1969, si el tratado nada dispone la reserva expresamente autorizada no requiere

⁵⁰ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 353 y ss.

⁵¹ Vid. Conclusión 10.^a de las «Conclusiones Preliminares adoptadas por la Comisión sobre las reservas a tratados multilaterales normativos, en particular los relativos a los derechos humanos». Informe CDI 49^o –1997–, Doc. A/52/10, p. 157.

⁵² Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 373 a 376.

⁵³ Ibidem, págs. 376 y 377.

⁵⁴ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 216 y 217.

ulterior aceptación, adquiriendo su autor la condición de contratante desde el instante en que consintió en obligarse –artículo 20.4 a)–. Sin embargo, es lo cierto que, aunque cuando el tratado expresamente autoriza reservas estas no requieren la ulterior aceptación de los contratantes, según establece el aludido artículo 20.1 de la Convención de Viena, por lo que nadie puede oponerse eficazmente a que el autor de una reserva expresamente autorizada adquiriera la condición de contratante y el tratado entre en vigor y se aplique en sus relaciones con las demás partes, abstracción hecha de las disposiciones reservadas, la autorización expresa de las reservas no implica que los contratantes se hayan despojado de la facultad de objetarlas y estén obligados a pasar por ellas⁵⁵.

La reserva formulada por un Estado únicamente puede considerarse como efectivamente hecha cuando haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados, pues la facultad de formular reservas va unida al principio de que ningún Estado puede estar obligado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento «y, en consecuencia, ninguna reserva le es oponible en tanto no haya dado su asentimiento»⁵⁶, lo que viene a consagrarse en los artículos 20 –«*aceptación de las reservas y objeción de las reservas*»– y 19 –«*formulación de reservas*», rúbrica que concibe dicha formulación como una propuesta que sólo se entenderá efectivamente hecha cuando haya sido aceptada– de la Convención de Viena de 1969. Sólo en el supuesto de reservas expresamente autorizadas por el tratado puede concebirse la existencia de un verdadero derecho, en la medida en que ha de presumirse que la aceptación de los demás Estados contratantes se ha producido por adelantado al adoptar la cláusula convencional que las permite, de ahí que en tales casos no se requiera su posterior aceptación⁵⁷.

La *aceptación de la reserva* puede ser *expresa*, en cuyo caso debe formularse, obligadamente, según el artículo 23.1 de la Convención de Viena de 1969, por escrito, es decir, de manera formal, en el plazo de doce meses desde la recepción de su notificación o comunicación, debiendo ser comunicada a los demás Estados contratantes y facultados para llegar a ser Partes en el tratado –siendo esta última una posibilidad a la que muy raramente se recurre–, o *por aquiescencia*; esta última forma de aceptación presenta, a su vez, dos modalidades, a saber, la aceptación *tácita* de la reserva notificada en ausencia de objeción –que es una presunción comúnmente admitida en la práctica interna-

⁵⁵ Ibidem, págs. 217 y 218.

⁵⁶ Vid. Dictamen de la CIJ de 1951 sobre las reservas a la Convención de Genocidio. Recueil, 1951, p. 21.

⁵⁷ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 208 y 209.

cional⁵⁸, una vez agotado el plazo de doce meses desde que se hubiera recibido la comunicación de la reserva sin haber formulado objeción, disponiendo al efecto el artículo 20.5 de la Convención de Viena que, salvo que el tratado disponga otra cosa, «*se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior*»– y la aceptación implícita, que se deriva de la ausencia de objeción del Estado al tiempo de obligarse por el tratado respecto de las reservas formuladas con anterioridad.

La *objeción a la reserva* ha de ser, en todo caso, expresa –más precisamente, por escrito, según el artículo 23.1 de la Convención de Viena– y ha de plantearse en el término de doce meses desde la recepción de la notificación de la formulación de la reserva –si el objetante era contratante ya en esa fecha– o –si no lo era– al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado –artículo 20.5–⁵⁹.

Como se desprende de la regulación de la objeción, la aceptación de la reserva, además de expresa y por escrito –artículo 23.1 de la Convención de Viena–, puede –y suele– ser tácita, cuando se agota el término de doce meses sin que los contratantes formulen objeción, e implícita, cuando un Estado se obliga por el tratado sin objetar las reservas previamente formuladas a éste por otro u otros Estados –artículo 20.5–⁶⁰.

El artículo 64 –hoy 57– del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 constituye una derogación del principio del consentimiento unánime, dejando, en principio, a los Estados Partes libertad de apreciación de las reservas formuladas, aunque a partir de la década de los setenta del pasado siglo –y, sobre todo, a partir de la Decisión de la Comisión en el asunto *Alparslan Temeltasch* contra Suiza de 5 de mayo de 1982– ha primado la concepción que otorga a los órganos de control establecidos en el Convenio –actualmente el TEDH– la *competencia para apreciar la validez de las reservas*, en razón, fundamentalmente, «*al carácter objetivo no recíproco de las obligaciones suscritas por las Partes Contratantes*», que genera la necesaria existencia de órganos de control tendentes a asegurar la garantía colectiva de los derechos enunciados⁶¹.

⁵⁸ Vid. Dictamen de la CIJ en el asunto de las reservas a la Convención de genocidio. Recueil, 1951, p. 21.

⁵⁹ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 223.

⁶⁰ Ibidem, pág. 224.

⁶¹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 246 y 247.

II. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS MULTILATERALES DE DERECHOS HUMANOS

Aunque los términos reserva y derechos humanos parecen en sí mismos contradictorios –sobre todo si se considera que los convenios sobre derechos humanos contienen estándares mínimos de protección de tales derechos a los que se otorga la categoría de *ius cogens*, en cuyo caso no cabría la posibilidad de derogarlos o modificarlos–, dado que ciertos derechos reconocidos en tratados resultan ser fundamentales e inderogables, constituyendo principios reconocidos por los Estados civilizados en su conjunto y no sólo por los Estados Partes en tales tratados en sus mutuas relaciones convencionales, por lo que cualquier reserva que en relación a ellos se pretendiere formular sería incompatible con el objeto y finalidad del convenio de mérito, y, por tanto, no permitida, es lo cierto, sin embargo, que no todas las disposiciones de protección de los derechos humanos recogidas en los tratados de que se trata poseen la categoría de normas de naturaleza imperativa.

Las reservas a los tratados multilaterales normativos de derechos humanos presentan una *problemática específica*, ya que estos se caracterizan por la naturaleza objetiva de las obligaciones jurídicas –cuya finalidad es la protección de los derechos y libertades fundamentales– que de los mismos se derivan, lo que comporta que con este tipo de tratados se pretende establecer obligaciones jurídicas que no van dirigidas a un mero intercambio recíproco de intereses entre los Estados sino a crear un orden legal donde esos Estados asumen ciertos compromisos hacia los individuos bajo su jurisdicción, de manera que la reciprocidad, aunque no esté totalmente ausente de dicho tipo de tratados internacionales, no constituye una característica esencial de los mismos⁶², reflejándose su especificidad en el régimen de las reservas, ya que en ellos la imposibilidad de hacer operativo el juego de la reciprocidad a las obligaciones absolutas de carácter objetivo que las previsiones de tales tratados imponen privilegia la posición del Estado autor de la reserva, cuya exclusión o limitación únicamente desplegará efectos jurídicos en el ámbito territorial bajo su jurisdicción en tanto los demás contratantes quedan vinculados por las disposiciones reservadas en su aplicación a los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones⁶³ –incluidos los nacionales del Estado reservante–, lo que, a juicio de algunos, dado que se trata de instrumentos que no tienen por objeto establecer un equilibrio

⁶² Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 140.

⁶³ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 68 y 69.

entre los derechos y obligaciones que se reconocen mutuamente las partes sino que se orientan a instituir una normativa internacional en defensa de intereses comunes superiores que todas las partes se comprometen a respetar⁶⁴, justificaría la posibilidad de un régimen jurídico especial para esta clase de reservas distinto del previsto con carácter general en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969.

En definitiva, en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos los efectos jurídicos que se deducen de la aceptación de una reserva por los demás contratantes *no producen modificación de las disposiciones del tratado* entre el Estado reservante y el aceptante y viceversa en la medida prevista por la reserva, tal y como, con carácter general, hemos visto que establece el artículo 21.1 a) y b) de la Convención de Viena, ya que el principio de reciprocidad que late detrás de dicho precepto no se proyecta en la práctica de manera uniforme, pues, en el caso de aquellos concretos tratados, la observancia por una parte de las obligaciones que de ellos resultan es independiente de la asunción por otras de una obligación idéntica, reduciéndose la reciprocidad en estas circunstancias a negar al Estado autor de la reserva el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones que para sí mismo ha excluido o modificado, sin avalar su inobservancia por los demás Estados⁶⁵.

No obstante, la CDI concluyó que, dada la conveniencia de preservar la unidad del régimen jurídico de las reservas consagrado en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 –que, dada su flexibilidad y adaptabilidad, resulta adecuado *«a las exigencias de todos los tratados, cualquiera que sea su objetivo o naturaleza»*, logrando *«un equilibrio satisfactorio entre los objetivos de mantener la integridad del texto del tratado y la universalidad de la participación en él»*–, las reglas generales enunciadas en las Convenciones de Viena mencionadas *se aplican plenamente a las reservas formuladas a los tratados multilaterales normativos relativos a los derechos humanos*⁶⁶, siendo casi unánime la conformidad de las opiniones expresadas al respecto por los Estados –entre ellos España⁶⁷– que, durante el debate habido en el 52.º período de sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General, manifestaron que *no existía ninguna razón decisiva*

⁶⁴ Vid. CII, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio. Recueil, 1951, p. 23; vid. Sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda contra el Reino Unido, p. 239.

⁶⁵ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 224 y 225.

⁶⁶ Vid. Informe CDI, 49.º período de sesiones, Doc. A/53/10, p. 157.

⁶⁷ Vid. Doc. A/C.6/50/SR.22, p. 44.

que obligara a derogar el régimen general de las reservas en atención a las peculiaridades de ciertos tratados en función de su objeto⁶⁸.

La Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados elaborada por la CDI recomienda el *examen periódico de la utilidad de las reservas olvidadas u obsoletas* a fin de considerar su retirada, prestando particular atención, a este último efecto, al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales, sobre todo los relativos al ámbito de los derechos humanos, en cuyo contexto la utilidad del mantenimiento de las reservas ha de ponerse en relación con el Derecho interno y con la evolución de éste desde que aquellas se formularon.

El Consejo de Europa, en relación a los tratados adoptados bajo sus auspicios, como es el caso del CEDH hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, adoptó en 1962 y 1980 unas cláusulas-modelo o criterios de normalización, estandarización, homologación o unificación acerca de cuando, cómo y qué efectos han de atribuirse a las reservas previstas en los tratados auspiciados en su seno⁶⁹. Dichas cláusulas están diseñadas para cubrir los objetivos consistentes en prever las reservas autorizadas –que se añadirán en un Anexo a la convención–, regular la posibilidad de su retirada mediante comunicación al Secretario General del Consejo de Europa –que surtirá efectos a partir de la fecha de su recibo– y establecer los efectos de la reserva en cuanto a la aplicación del principio de reciprocidad –la parte reservante no podrá exigir la aplicación de la disposición reservada por otra parte, aunque, si su reserva es parcial o condicional, podrá exigir la aplicación de aquella disposición en la misma medida en que haya sido aceptada por ella–⁷⁰.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1223 (1993), de 1 de octubre, adoptada en su 51.^a sesión, relativa a las reservas formuladas por los Estados miembros a los convenios del Consejo de Europa, y *por lo que concierne a los tratados a concluir en el futuro*⁷¹, recomienda la elaboración de disposiciones que precisen con exactitud las reservas admisibles y, en su caso, las condiciones en que podrían formularse, añadiendo una recomendación dirigida a prever la *limitación de la validez de las reservas* por un período máximo de diez años, a partir del cual la Secretaría

⁶⁸ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 69 y ss.

⁶⁹ Estos modelos fueron aprobados por los Delegados de los Ministros en su 113.^a reunión, en 1962 –10 a 18 de septiembre–, vid. Doc. CM 62 (148) y en su 315.^a reunión, en 1980 –18 a 21 de febrero–, vid. Doc. CM 80 (315), respectivamente.

⁷⁰ Vid. artículo e) de ambas cláusulas modelo.

⁷¹ Vid. P. B.i).

General del Consejo de Europa, en su calidad de depositario, invitaría al Estado autor a reexaminarla para su retirada en la medida de lo posible o, caso contrario, a explicar las razones de su mantenimiento, disponiendo asimismo que si la reserva no es expresamente renovada devendría caduca⁷² e instando a los Estados Partes, por lo que concierne a los convenios en vigor, al reexamen de sus reservas de cara a su retirada *en la medida de lo posible*⁷³, previsión cuya utilidad reside en que obligaría al autor de la reserva a replantearse su utilidad a la luz de los cambios acontecidos en su legislación interna⁷⁴, si bien no parece que dicha recomendación –especialmente en lo concerniente a la limitación temporal de la validez de las reservas– tenga, a nuestro juicio, virtualidad práctica alguna.

Sin perjuicio de la dificultad que ofrece la clasificación de las cláusulas de reservas más al uso, la cláusula de autorización de las reservas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 contenida en su artículo 64 –hoy 57– es una *cláusula mixta entre autorización y prohibición*, que autoriza las reservas sin mayor precisión pero prohíbe las de alcance general al tratado⁷⁵, autorización que no empece la circunstancia de que determinados Protocolos al CEDH contengan cláusulas prohibiendo, con carácter general, la formulación de reservas a las disposiciones de los mismos⁷⁶.

El actual artículo 57 del CEDH de 1950 prevé *tres exigencias particulares a la hora de formular reservas* a dicho tratado, a saber, según su apartado 1, en primer lugar, que la reserva se refiera a una disposición del Convenio en la medida en que una ley interna esté en desacuerdo con la misma⁷⁷, condicionando, además, conforme al artículo 19 c) de la Convención de Viena de 1969, la posibilidad de formular reservas de alcance particular a la circunstancia de que dicha *ley, en vigor, en ese momento, en su ordenamiento interno, obligue a ello*; en segundo término, *se prohíbe formular reservas de alcance o carácter general* al tratado –«este artículo

⁷² Vid. P. B. ii).

⁷³ Vid. recomendación A.1.

⁷⁴ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 96 a 98.

⁷⁵ Ibidem, págs. 99 y ss.

⁷⁶ El artículo 4 del Protocolo número 6 al Convenio de Roma de 1950, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte –Instrumento de ratificación de 14 de enero de 1985; BOE núm. 92, de 17 de abril de 1985–, estipula que «no se aceptará reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 57 del Convenio».

⁷⁷ Vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 144.

no autoriza las reservas de carácter general»⁷⁸, es decir las formuladas en términos tan indeterminados, abiertos, vagos o genéricos que impidan apreciar su sentido y alcance jurídico exactos; y debiendo, en tercer lugar, según exige el apartado 2 del citado precepto, *acompañarse a la reserva, al tiempo de su formulación, una breve exposición de dicha ley*, exposición que comporta no solo una exigencia de forma sino también una condición de fondo⁷⁹, constituyendo un elemento de prueba y de seguridad jurídica

⁷⁸ La Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1982 –asunto Alparslan Telmestach contra Suiza– afirma, en su p. 84, que una reserva es de carácter general «if it does not refer to a specific provision of the Convention or if it is worded in such way that its scope cannot be defined». Por su parte, la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– en su p. 55 interpreta la prohibición de reservas generales significando que «por «reserva de carácter general», el artículo 64 (art. 64) entiende ante todo una reserva redactada en términos demasiado vagos o amplios para que pueda apreciarse su sentido y ámbito de aplicación exactos», añadiendo que «el artículo 64.1 (art. 64.1) exige precisión y claridad»; en este sentido, la STEDH de 31 de julio de 2000 –asunto Jecius contra Lituania–, afirma en su p. 81 que «a pesar de los puntos flacos lingüísticos de la reserva, no era imposible determinar su sentido y su campo de aplicación. La reserva se refería con suficiente claridad al artículo 5.3 del Convenio y a la legislación interna pertinente». En lo que atañe a la exigencia de que la ley interna que obligue a formular la reserva se encuentre en vigor en ese momento, la STEDH de 23 de abril de 1997 –asunto Stallinger y Kuso contra Austria– afirma que «solamente las leyes «en vigor en ese momento» en el territorio de un Estado contratante pueden ser objeto de una reserva», por lo que si la disposición en discusión –vigente desde 1982– no estaba en vigor, como era el caso, en el momento en que se formuló la reserva –Austria ratificó el Convenio y formuló la reserva litigiosa en 1958–, ello «dispensa al Tribunal de examinar la validez de la reserva a la luz de las demás condiciones fijadas en los apartados 1 y 2 del artículo 64 del Convenio» –p. 48 y 49–. Finalmente, la STEDH de 4 de julio de 2001 –asunto Illie Ilascu et al. contra Moldova y la Federación de Rusia– señala que la declaración formulada al ratificar el CEDH por la República de Moldova no equivale a una reserva en el sentido del Convenio dado que no se refiere a ninguna disposición específica del mismo, así como por la ausencia de ley concreta en vigor que obligara a dicha República a formular una reserva *ratione loci* al CEDH excluyendo de la competencia del TEDH los actos y omisiones cometidos en la República de Transnistrie –la República de Moldova alegó en su declaración no poder garantizar el respeto de las disposiciones del Convenio en relación con los actos y omisiones realizados por los órganos de la autoproclamada República de Transnistrie en el territorio sobre el que dichos órganos ejercían un control efectivo hasta que se resolviera definitivamente el conflicto en esa región–, por lo que, en consecuencia, dicha declaración no podía impedir el ejercicio por el TEDH de su jurisdicción.

⁷⁹ Vid. Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1982 –asunto Alparslan Temeltasch contra Suiza–. Por su parte, la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– afirma, en su p. 58, respecto de la exigencia de la «breve exposición de la ley de que se trate» a que se refiere el apartado 2 del artículo 64 –hoy 57– del CEDH, que «la obligación de acompañar a la reserva una breve exposición de las leyes que un Estado tiene intención de reservar permite a las otras Partes contratantes, así como a los órganos del Convenio y a toda persona concernida, conocer dicha legislación», añadiendo en su p. 59 que «la «breve exposición de la ley de que se trate» constituye a la vez un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica. En efecto, el artículo 64.2 (art. 64.2) apunta a ofrecer, principalmente a las demás Partes contratantes y a los órganos del Convenio, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas por el Estado concernido. No

en la medida en que ofrece, tanto a los Estados Partes como a los órganos de control del Convenio, la garantía de que la reserva no sobrepasa las disposiciones explícitamente descartadas⁸⁰.

La *competencia* para pronunciarse tanto sobre la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Convenio Europeo de 1950 como para extraer de la eventual determinación de la inadmisibilidad de la reserva la consecuencia de que carece la misma de efectos jurídicos –manteniéndose, en cambio, intacta la expresión de voluntad del Estado autor de aquella de quedar vinculado por el tratado, cuya manifestación del consentimiento en obligarse no queda, pues, viciada por aquella eventual inadmisibilidad– corresponde al órgano de control de los derechos definidos en dicho Convenio, que es hoy el TEDH⁸¹, a quien compete la jurisdicción para considerar, en relación con el artículo 64 –hoy 57– del CEDH, la validez de una reserva⁸². En efecto, tras su enmienda en virtud del Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994, el artículo 32.2 del Convenio Europeo para la

comporta una simple exigencia de forma; estipula una condición de fondo»; en el mismo sentido, SSTEDH de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber contra Suiza–, p. 38, de 3 de octubre de 2000 –asunto Eisenstecken contra Austria–, en la que el Tribunal declara la invalidez de la reserva austriaca de 1958 al artículo 6 del CEDH en relación con la Ley General de 1950 sobre procedimiento administrativo en razón de que dicha reserva no satisface las exigencias del artículo 64.2 –57.2– del Convenio, dado que falta en ella una «breve exposición» de la ley pretendidamente incompatible con el artículo 6 del CEDH, por lo que dicha reserva «no ofrece en la medida suficiente «la garantía de que no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas» por Austria» –p. 29–, de 4 de julio de 2001 –asunto Illie Ilascu et al. contra Moldova y la Federación de Rusia– y de 2 de noviembre de 2006 –asunto Dacosta Silva contra España–, p. 37.

⁸⁰ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 113 a 120; vid. BONET PÉREZ, Jordi, op. cit., pág. 144.

⁸¹ Ibidem, págs. 332 y ss.

⁸² Si en un principio fue la Comisión –asunto Alparslan Temeltasch contra Suiza, Decisión de 5 de mayo de 1982– quien afirmó su competencia para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de una reserva o una declaración interpretativa, hoy es el TEDH el que, en el asunto Belilos contra Suiza –Sentencia de 29 de abril de 1988, párrafos 40 a 50, 52 y 60–, suscribe la posición de principio adoptada por la Comisión al constatar que no se podía poner en duda su jurisdicción para considerar, en relación con el artículo 64 –hoy 57– del Convenio, la validez de una reserva o de una declaración interpretativa –p. 50–, recalificando como reserva una declaración interpretativa de Suiza relativa al artículo 6.1 del CEDH –p. 40 a 49–, que no consideró válida dado su carácter general –p. 52–, de lo que extrajo como consecuencia que, a la vista de que la declaración tiene carácter general y no contiene una breve exposición de la ley en discusión, no se ajusta a dos de los imperativos del artículo 64 del Convenio, «de sorte qu'il échet de la réputer non valide. Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration ...» –p. 60–.

Por su parte, en sus Sentencias de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber contra Suiza– y 26 de abril y 23 de octubre de 1995 –asuntos Fischer contra Austria y Gradinger contra Austria– el TEDH determina las condiciones para la formulación de reservas al Convenio de Roma.

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales capacita al TEDH para determinar el ámbito de su propia competencia, lo que le faculta para apreciar la licitud de las reservas formuladas al Convenio en la medida en que ello pueda afectar al alcance de su competencia o jurisdicción en relación con los Estados interesados, pues, de no ser así, no podría ejercer su misión de salvaguarda y control del cumplimiento de los derechos definidos en el tratado⁸³.

En todo caso, el TEDH mantiene una férrea posición en orden a la inadmisibilidad de las reservas que no se ajustan a los parámetros del actual artículo 57 del Convenio de Roma –que inevitablemente se proyectan en la limitación de sus funciones de vigilancia del cumplimiento de los derechos reconocidos en el mismo–, como se desprende de la Sentencia de la Gran Sala de 4 de julio de 2001 –asunto *Illie Ilascu et al.* contra la República de Moldova y la Federación de Rusia–, en la que se declara la invalidez de la reserva de la República de Moldova imponiendo restricciones *ratione loci* a la jurisdicción del TEDH.

En definitiva, en el ámbito del Consejo de Europa el TEDH concluye que las reservas contrarias a las previsiones del artículo 64 –hoy 57– del Convenio de Roma se pueden separar del resto del texto del instrumento de ratificación, dejando intacta la aceptación de su autor al mismo Convenio, teniendo su base esta dissociabilidad entre la reserva y el instrumento de manifestación del consentimiento del Estado en obligarse en el carácter tuitivo de determinados derechos esenciales que, en definitiva, tiene el Convenio, descartando la opción de considerar al Estado autor de la reserva excluido del ámbito subjetivo del mismo⁸⁴.

En su Sentencia de 23 de marzo de 1995 –asunto *Loizidou* contra Turquía– el TEDH, siguiendo la Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 1991 –asunto *Chrysostomos y Papachrysostomou* contra Turquía–, en la que se afirma que «cuando un Estado claramente expresa su intención de obligarse ... pero añade restricciones a su declaración incompatibles con el Convenio, debe prevalecer la primera intención» –p. 45 y 46–, desestima la pretensión de indisociabilidad entre las restricciones impugnadas y el instrumento de aceptación; en el asunto *Loizidou* el TEDH, tras afirmar su jurisdicción y considerar que las restricciones *ratione loci* –y, encubiertas con ellas, *ratione materiae*– insertas en la declaración turca de reconocimiento de su jurisdicción –afectantes a Chipre– no son válidas y equivalen a reservas –ya objetadas por otros contratantes y puestas en cuestión por el Secretario General del Consejo de Europa en su calidad de depositario del Convenio, que procedió a su comunicación reservándose su posición acerca de las cuestiones jurídicas que pudieran suscitarse en relación a su validez–, las estimó incompatibles con la naturaleza del Convenio y el objeto y fin de los artículos del mismo –25 y 46– sobre los que dicha declaración recaía –p. 89–.

⁸³ Vid. RIQUELME CORTADO, Rosa, op. cit., págs. 345 y ss.

⁸⁴ Vid. SSTDH de 29 de abril de 1988 –asunto *Belilos* contra Suiza–, 23 de marzo de 1995 –asunto *Loizidou* contra Turquía– y 4 de julio de 2001 –asunto *Illie Ilascu et al.* contra Moldova y la Federación de Rusia–.

III. FORMULACIÓN Y RETIRADA DE LAS RESERVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. LA FORMULACIÓN DE LAS RESERVAS

Frente a la tesis aristocrática según la cual el Gobierno goza de absoluta libertad en materia de reservas, habiendo de limitarse el Legislativo a autorizar, cuando fuere procedente, la conclusión de los tratados, sin que sea de su incumbencia pronunciarse en términos jurídicamente relevantes sobre las reservas *embrionarias* comunicadas por el Gobierno a título informativo y, menos aún, hacer y aprobar por su cuenta nuevas reservas⁸⁵, una concepción democrática de la conducción de la política exterior del Estado –que aspira a ampliar la participación parlamentaria y reconocer la libertad del Gobierno sólo en la medida en que lo haga indispensable la misma naturaleza de la acción exterior– considera que el carácter unilateral de la reserva y el momento de su formalización en el orden internacional –al manifestarse el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado– hacen factible la participación de las Cámaras legislativas en la determinación del número y contenido de las reservas concernientes a tratados cuya conclusión requiere de autorización parlamentaria, no existiendo razones definitivas para otorgar al Gobierno la exclusiva en la formulación de reservas y obligar a las Cámaras a pasar por todas –y sólo– ellas o, como alternativa, denegar su autorización para la conclusión del tratado⁸⁶.

Aún cuando la Constitución Española de 1978 no se pronuncia expresamente por una u otra de las opciones a que acaba de hacerse mención⁸⁷, la concepción democrática que tiene del *treaty making power* impone la

⁸⁵ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 236. Señala al respecto el autor que durante el régimen franquista, en el que la intervención de las Cortes en la conclusión de los tratados era consultiva, el Gobierno se consideró enteramente libre de tener en cuenta o ignorar, corregir o completar las reservas aprobadas por las Cortes, como se deduce de la comparación de las reservas adoptadas por la Comisión de Asuntos Exteriores en relación con el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, el 21 de noviembre de 1972, y las finalmente depositadas por el Gobierno –BOE de 23 de abril de 1974–.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 233 y 234.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 234. Significa el autor que «en 1978, meses antes de que se promulgara la vigente Constitución, el hecho de que las reservas que el Gobierno se proponía formular a la Convención y Protocolo sobre el estatuto de los refugiados pasaran inadvertidas para las Cortes por culpa de un defecto de publicidad, dio lugar en el Congreso a un debate clarificador: todos, Gobierno y oposición, al margen de la razón o sinrazón del incidente parlamentario, estuvieron de acuerdo en la competencia de las Cámaras para intervenir en la confección de las reservas a tratados cuya conclusión fuese de preceptiva autorización por las Cortes».

necesaria participación de las Cortes Generales en materia de reservas, tal y como resulta del contenido de los respectivos Reglamentos del Congreso y del Senado⁸⁸ y de la interpretación que del artículo 94.1 de la Constitución se lleva a cabo en la práctica –y lo mismo habría que decir respecto al artículo 93 del Primer Cuerpo Legal en relación a las reservas a los tratados que se tramiten a su amparo–.

Partiendo de esta idea, resulta evidente que, en nuestro Derecho y tanto por su naturaleza como por el momento de su formulación, la reserva puede y debe ser una institución jurídica respecto de la que la intervención de las Cortes Generales sea posible –intervención constitucionalmente limitada, empero, a determinados tratados que requieren autorización parlamentaria para posteriormente vincular internacionalmente al Estado, dado el sistema de lista positiva que, en función de un criterio exclusivamente material, se enumera en forma tasada en los artículos 93 y 94.1 de la Norma Legal Fundamental, limitación que afecta, obviamente, a las reservas a aquellos tratados excluidos del conocimiento de las Cámaras, de manera que en los convenios inmersos en la vía procedimental del artículo 94.2 de la Constitución el Gobierno puede formular cuantas reservas estime oportunas sin posibilidad de control parlamentario alguno⁸⁹–, sin que, como se ha dicho, existan razones para otorgar al Gobierno la facultad exclusiva en la formulación de reservas.

El procedimiento relativo a la formulación de las reservas debe ser necesariamente *análogo al de la conclusión de tratados*, ya que una reserva modifica la aplicación de las previsiones del tratado, alterando la sustancia de una estipulación convencional.

Ha de formularse la reserva en un momento determinado, el de la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, y, más concretamente, al perfeccionarse dicho consentimiento, por lo que lo habitual es que la reserva se integre en el mismo instrumento donde consta la voluntad de obligarse del Estado⁹⁰. Una reserva puede ser formulada en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación o adhesión al tratado –artículo 2.1 d) de la Convención de Viena–, debiendo ser emitida por escrito y recogida en un instrumento diplomático. Si la reserva se formula en el momento de la firma, debe ser incluida en el instrumento original del tratado y si es formulada en la ratificación, adhesión, etc., del tratado, deberá incluirse en el correspondiente instrumento de ratificación,

⁸⁸ Ibidem, pág. 234.

⁸⁹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 386 y 387.

⁹⁰ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs 208 y 209.

adhesión, etc.; puede también ser recogida en un protocolo separado o *procés verbal* en el momento de la firma o la adhesión o puede también estar incluida en el *procés verbal* realizado al momento del cambio de instrumentos de ratificación⁹¹.

Las reservas cuya formulación propone el Ejecutivo en razón de que consideraciones de legalidad o de mera oportunidad lo lleven a la decisión política de concluir un tratado con determinadas reservas –inducidas de posiciones previamente mantenidas en la negociación multilateral o de los informes y dictámenes elaborados, en el trámite de regulación normativa, por los distintos Departamentos ministeriales o por los órganos consultivos–, deben ser comunicadas a las Cortes Generales junto con el texto del tratado y los demás documentos exigibles para el inicio del trámite parlamentario, tal y como disponen los artículos 20.3 y demás concordantes del Decreto 801/1972 y 155.2 del Reglamento del Congreso⁹².

El valor fundamental del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales –BOE núm. 85, de 8 de abril de 1972–, que fue un importante medio de racionalizar la dispersa y caótica normativa que, hasta entonces, constituía el procedimiento de conclusión de tratados internacionales en España, como consecuencia de la inminente adhesión de nuestro país a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –adhesión que tuvo lugar por Instrumento de 16 de mayo de 1972, si bien su publicación en el BOE no se llevó a cabo hasta el 13 de junio de 1980–, reside en el compromiso asumido por la Administración de no hurtar en lo sucesivo a las Cortes los tratados que, por razón de la materia, fueren de su competencia⁹³, no limitando el Decreto de mérito –respecto a los convenios en relación con los cuales la intervención de las Cortes sea de carácter vinculante *ratione materiae*– el conocimiento del Legislativo únicamente a las disposiciones del tratado sino también a las reservas que el Gobierno pretendiera formular, autolimitación por el Ejecutivo de su capacidad –hasta entonces omnímoda y sin control– en relación a las reservas que se infiere del texto de su artículo 20.3 –y del artículo 26 en relación a los convenios objeto de adhesión por parte española–, que señala que «*la comunicación por la que, de conformidad con el artículo 18, se remite a las Cortes* [por

⁹¹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., pág. 203.

⁹² Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 234 y 235.

⁹³ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Las Cortes y la Política Exterior Española (1942-1976) (Con especial referencia a su participación en la conclusión de los tratados internacionales)». Cuadernos de la Cátedra «J.B. Scott», Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, pág. 26.

el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores] *el tratado, contendrá los extremos siguientes: ... 3. Las reservas o declaraciones que se proponga formular España al ratificar el tratado ...*»⁹⁴, exigiendo imperativamente el artículo 21.1 siguiente que «*el instrumento de ratificación contendrá el texto de reservas o declaraciones formuladas por España*» y el artículo 29 que «*los tratados en los cuales España sea Parte se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»*», publicación que se llevará a cabo, a tenor del apartado 2 de este último precepto, «*mediante la inserción del texto íntegro del tratado ... así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas ...*»; por su parte, el artículo 26 del Decreto 801/1972 establece que «*la comunicación por la que ... se remite a las Cortes el tratado, contendrá los extremos mencionados en los apartados 1 a 3 del artículo 20*».

A partir de los Reglamentos del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 –BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1982– y del Senado, de 3 de mayo de 1994 –BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1994– se normaliza la regulación de las competencias que, en materia de reservas, la Constitución de 1978 reconoce ampliamente a las Cámaras en el marco de su participación en el proceso de celebración de tratados, disponiendo estas de plenas competencias de control en los convenios sometidos a su autorización –los de los artículos 93 y 94.1–, al tiempo que se les reconoce capacidad de formulación de nuevas reservas con el único límite que pueda imponer el propio tratado⁹⁵.

Aquellos tratados, como el CEDH de 1950, en los que la formación de la voluntad del Estado en obligarse en el ámbito internacional requiere un procedimiento complejo caracterizado por la intervención necesaria tanto del Gobierno como de las Cortes Generales, es decir, tanto los del artículo 93 como los subsumibles en las categorías previstas en el artículo 94.1 de la Constitución –en los convenios tramitados por la vía del artículo 94.2 de la Norma Legal Fundamental en los que se hayan incorporado reservas por parte del Gobierno y que se remiten al Parlamento para su conocimiento, sin que éste haya tenido oportunidad de intervenir en su conformación, la intervención de las Cortes *a posteriori* puede introducir modificaciones, e, incluso, suprimir tales reservas–, respecto de los que las Cortes están constitucionalmente llamadas a intervenir en razón de la materia regulada por el tratado, requieren, en aplicación de los artículos 20.3 del Decreto 801/1972 y 155.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que,

⁹⁴ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 372 a 374.

⁹⁵ Ibidem, págs. 418 y 419.

junto a la comunicación por la que el Gobierno remita o envíe a las Cortes Generales el acuerdo del Consejo de Ministros solicitando la concesión de autorización para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del tratado –solicitud que deberá ser presentada por el Gobierno al Congreso dentro de los noventa días siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros, plazo que, en casos justificados, podrá ser ampliado hasta ciento ochenta días–, obren, además del texto de éste, las reservas que el Ejecutivo se proponga formular al ratificarlo⁹⁶, a fin de que, como estipula el citado artículo 155.2, último inciso, el Congreso se pronuncie «tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno», con lo que el control parlamentario de las reservas queda perfectamente garantizado, pudiendo el Legislativo, en la realización del trámite de autorización que le corresponde en razón de la materia objeto de regulación convencional, conocer y realizar propuestas en relación a cualquier extremo de las reservas cuya formulación se propone por el Ejecutivo, así como formular por propia iniciativa reservas de nuevo cuño respecto de los tratados que deba autorizar, siempre que no estén prohibidas por tales tratados.

A este respecto, el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados dispone, en relación con la previa autorización de las Cortes Generales precisa para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios, que «el Gobierno solicitará de las Cortes Generales la concesión de dicha autorización mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del Tratado o convenio, así como la Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso. El Congreso deberá pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno».

Por su parte, con una técnica sumamente deficiente, el artículo 144.4 del Reglamento del Senado –Texto Refundido aprobado el 3 de mayo de 1994– viene a conferir al Pleno de dicha Cámara la decisión sobre «si debe accederse o no a la autorización solicitada» por el Gobierno acerca de la ratificación de los tratados del artículo 94.1 de la Constitución –y, obviamente, de las reservas a los mismos–.

En consecuencia, los actuales Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, de 1982 y 1994, prevén tanto la necesidad de que las Cámaras entren a conocer, en todo caso, cualquier propuesta de reserva con

⁹⁶ Ibidem, págs. 387 y 388.

que el Ejecutivo acompañe al texto del tratado, siguiendo lo dispuesto en los artículos 20.3 y 26 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, como el régimen de tramitación aplicable a tal clase de propuestas –el procedimiento legislativo común, con las particularidades que se prevén en los respectivos Reglamentos–. A este último efecto, como hemos dicho, el artículo 155.2, inciso primero, del Reglamento del Congreso establece, por lo que atañe a los tratados del artículo 94.1 de la Constitución, la necesidad de adjuntar al texto del tratado o convenio sometido al trámite de concesión de autorización la «*Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso*», señalando, asimismo, en su inciso segundo, la obligación del Congreso de «*pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno*»; y en relación a las reservas que el Ejecutivo pudiera acompañar a un tratado de los del artículo 93 de la Constitución, la obligatoriedad de la remisión de las reservas que el Ejecutivo pretenda formular a los tratados del artículo 94.1 ha de hacerse lógicamente extensiva a las reservas que el Gobierno pretendiere formular en relación con los tratados incardinables en dicho artículo 93⁹⁷, por lo que ha de entenderse que el proyecto de Ley Orgánica de autorización que el Ejecutivo envíe al Legislativo para el preceptivo trámite parlamentario contemplará todas las reservas que, a propuesta del Gobierno, vaya a formular el Estado español.

Estas reservas propuestas por el Ejecutivo pueden ser combatidas por los parlamentarios del mismo modo que los artículos de un proyecto de ley, pues, como dispone el artículo 156.1 del Reglamento del Congreso, «*la tramitación en el Congreso de la concesión de autorización se ajustará al procedimiento legislativo común, con las particularidades que se contienen en el presente Capítulo*».

Por otra parte, los Reglamentos del Congreso –artículo 156.2 y 3– y del Senado –artículo 144.1 y 3– establecen el derecho de los parlamentarios a *proponer reservas* a los tratados remitidos por el Gobierno a las Cortes.

Respecto al régimen de estas propuestas de reserva hay que distinguir según que el tratado permita o no las reservas. Proponer una reserva prohibida por el tratado es tanto como pretender la enmienda de éste, por lo que parece lógico que su tratamiento se equipare al de una propuesta de no autorización o de veto.

El Reglamento del Congreso –siguiendo este criterio aunque sin expresarlo correctamente, al distinguir según las reservas estuvieren *previstas*

⁹⁷ Ibidem, pág. 388.

o no por el tratado, siendo así que los tratados pueden prever las reservas tanto para permitir las como para prohibirlas, resultando inexacto confundir en bloque a las reservas no previstas con las no autorizadas o permitidas; en realidad, el Reglamento, con dicción desafortunada, intenta referirse a las reservas permitidas y no admitidas⁹⁸— considera como *enmiendas a la totalidad*— artículo 156.2.b— las reservas propuestas por los diputados y por los Grupos Parlamentarios cuando el tratado o convenio no las «prevea» —es decir, no las permita—; y cuando las reservas están «previstas» —o sea, permitidas— por el tratado, el ejercicio por los parlamentarios de su facultad de proponer una reserva tiene por objeto facilitar la conclusión del tratado —no torpedearla—, siendo jurídicamente irrelevante que la iniciativa para su formulación haya partido de las Cámaras o del Gobierno, y a tal efecto el Reglamento —artículo 156.3.a y b— les otorga la consideración de *enmiendas al articulado*. Es decir, que, según el artículo 156.3.a y b del Reglamento del Congreso, las propuestas de los diputados o los Grupos Parlamentarios para la supresión, adición o modificación de las reservas que acompañen al texto del tratado propuesto por el Ejecutivo y las que tales diputados o Grupos formulen, siempre que dicha formulación esté expresamente permitida por el tratado y sean compatibles con el objeto y fin de éste, tendrán, en cuanto a su tramitación, la consideración de enmiendas al articulado, mientras que, a tenor del artículo 156.2.b del citado Reglamento, las propuestas de reservas cuya formulación no estuviese expresamente permitida por el tratado o que fuesen contrarias al objeto y fin del mismo tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad⁹⁹; en concreto, el artículo 156 del Reglamento del Congreso estipula que las propuestas presentadas por los diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración «de enmiendas a la totalidad ... b. Cuando propusieran reservas o declaraciones y estas no estuvieran previstas por el tratado o convenio» —apartado 2.b— y «de enmiendas al articulado... a. Cuando propusieran la supresión, adición o modificación a las reservas o declaraciones que el Gobierno pretendiere formular. b. Cuando formularen reservas o declaraciones previstas por el tratado o convenio» —apartado 3.a y b—.

A su vez, el artículo 144 del Reglamento del Senado, con idéntica errónea dicción, dispone, en su apartado 1, que «podrán presentarse, en la forma que se señala en los apartados siguientes, propuestas ... de reserva respecto de los Tratados y Convenios Internacionales que requieran la autorización de las Cortes Generales ...», estipulando su apartado 3 que «las

⁹⁸ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 235 y 236.

⁹⁹ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 389 y 391.

propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita», debiendo seguir dichas propuestas «el régimen establecido para las enmiendas en el procedimiento legislativo ordinario».

Se ha dicho¹⁰⁰ que la exclusión de las propuestas de reservas prohibidas o no permitidas es más aparente que real, en la medida en que sus objetivos son alcanzables a través de lo que, en su artículo 144.1, el Reglamento del Senado llama, con buen criterio, «*propuestas de no ratificación*», esto es, de denegación de la autorización solicitada por el Gobierno, estableciendo el artículo 144.2 de dicho Reglamento que «*la presentación de propuestas de no ratificación se sujetará a lo dispuesto para las propuestas de veto*».

Si el Ejecutivo, una vez agotado el trámite parlamentario del tratado, decide formalizar el compromiso internacional del Estado, habrá de hacerlo con las reservas aprobadas por las Cortes Generales, sólo con ellas y tal y como lo hayan sido, sin omisiones, alteraciones o adiciones, acompañándose tan señalados efectos al carácter vinculante de la intervención parlamentaria en la conclusión de los tratados a los que las reservas conciernen¹⁰¹.

En cuanto a la formulación de las reservas sustantivas en el ámbito de los tratados protectores de derechos humanos, la práctica española ha evolucionado en función de la situación política interna. Mientras que en los pródromos del franquismo se puso de manifiesto el extremado carácter defensivo del régimen en sus relaciones internacionales –la reserva al artículo 99 del Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, refleja la situación de aislamiento de España en los foros internacionales, tanto de las Naciones Unidas como de sus organismos especializados, en un momento en que en el seno de la CDI se empezaba a elaborar un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y a formular los principios de Derecho internacional reconocidos en el Estatuto y Fallo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg–, los tímidos intentos posteriores de *apertura* en la asunción de compromisos reconocedores de derechos esenciales se vieron acompañados de reservas derivadas de la indisimulable realidad de una discriminatoria legislación interna cuyas consecuencias desvirtuaban, en buena medida, el contenido del tratado en su aplicación a nuestro país, como es el caso de las tres reservas a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Políticos de la Mujer de 31 de marzo de 1953 que con-

¹⁰⁰ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 236.

¹⁰¹ Ibidem, pág. 236.

tenía el Instrumento de Adhesión de España de 14 de enero de 1974 –BOE núm. 97, de 23 de abril de 1974–, que ponían de relieve la existencia en la legislación interna de importantes discriminaciones por razón de sexo¹⁰².

B. LA RETIRADA DE LAS RESERVAS

La retirada o revocación de las reservas es –salvo exclusión convencional– una posibilidad siempre abierta a quienes las plantearon, ajustándose a los mismos requisitos formales de su formulación y sin necesidad del consentimiento de los Estados que las hubieren aceptado; el carácter unilateral de la reserva, su consideración como un mal necesario que ha de soportarse en la medida en que sea inevitable y el deseo de devolver cuanto antes al tratado su integridad y unidad, explican que para retirar las reservas se prescinda del consentimiento de los aceptantes –artículos 22.1 y 3 a) *in fine* de la Convención de Viena–.

Respecto a la retirada de las reservas, ésta –como la formulación de las mismas– no puede nunca presumirse, debiendo ser expresa y por escrito, tal y como prevé el artículo 23.4 de la Convención de Viena –«*el retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito*»–, refiriéndose el artículo 22 de la Convención al procedimiento y a los efectos de la posible retirada de la reserva. En principio, según el artículo 22.1, y «*salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado*»; este artículo 22.1 de la Convención de Viena acepta la teoría de la retirada de las reservas de forma unilateral en razón de que la reserva modifica o excluye una determinación jurídica del tratado en beneficio de una parte y en detrimento de la integridad del instrumento convencional, por lo que si el Estado que formuló la reserva decide renunciar a este beneficio, restaurando, por tanto, la integridad del tratado, no es necesario que sea requerido el previo consentimiento de las partes otrora aceptantes¹⁰³.

No obstante, la disposición de los Estados a retirar formalmente sus reservas, incluso cuando han perdido estas su significación real, es escasa. Ciertamente, los cambios constitucionales y la satisfacción de sentidas reivindicaciones mueven en ocasiones a la retirada; así, en la práctica española, en virtud de acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 25 de agosto de 1978 –BOE núm. 182, de 31 de julio de 1979–, el 5 de enero

¹⁰² Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit., págs. 235 a 238 y 411.

¹⁰³ Ibidem, págs. 203 y 204.

de 1979 se retiró la reserva formulada al ratificar, mediante Instrumento de 4 de agosto de 1952, el Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, según la cual solo se entendería por *derecho internacional vigente* el precedente de fuente convencional o bien el elaborado previamente por organismos en los que España tomara parte, surtiendo efectos dicha retirada a partir del 10 de mayo de 1979, fecha en que fue comunicada por el Gobierno Federal suizo en cuanto depositario de los Convenios de Ginebra –BOE de 31 de julio de 1979–.

En relación a los efectos de la retirada de las reservas, señala el artículo 22.3 a) de la Convención de Viena que aquella «*sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación*» de la retirada, si bien no especifica cuales sean los efectos de dicha retirada, es decir, sus consecuencias para las relaciones entre el Estado reservante y los demás Estados Partes¹⁰⁴.

Se ha dicho que en el actual sistema constitucional español la democratización y transparencia impregna el conjunto de actuaciones del Estado y en especial el proceso de celebración de tratados, circunstancia que se manifiesta también en la formulación de reservas a través tanto de la exigencia de su publicación como del conocimiento de las mismas por el Parlamento, y, decimos nosotros, en el procedimiento de retirada de las mismas, que exigirá, igualmente, en el caso de los tratados que se hubieren tramitado por la vía del artículo 94.1 de la Constitución, cual es el caso del CEDH hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, su aprobación por las Cámaras y su posterior publicación en el BOE.

En efecto, lo que se ha señalado respecto de la formulación de las reservas puede igualmente aplicarse respecto de la retirada de las mismas, puesto que, aunque no existe alusión expresa alguna en los Reglamentos del Congreso y del Senado a la cuestión de la retirada de las reservas formuladas por España, viene a ser competente el Legislativo, como se infiere de la práctica parlamentaria, para conocer de la retirada de reservas que proponga el Gobierno y cuya formulación autorizó, así como para proponer tal retirada¹⁰⁵, competencia de las Cámaras para intervenir en la retirada de las reservas expresamente reconocida por nuestro país al responder a la pregunta sobre cual es la autoridad competente para retirar las reservas previamente formuladas, manifestando que «*serán competentes el Gobierno y las Cortes sobre la base del principio del acto contrario a sus principios*», es decir, que poseen competencia para participar en la retirada de reservas

¹⁰⁴ Ibidem, pág. 204.

¹⁰⁵ Ibidem, págs. 387 y 388.

precisamente aquellas instituciones que han participado en la formulación de las mismas¹⁰⁶; en tal sentido, la Constitución Española dispone, en su artículo 96.2, que las Cortes han de autorizar no sólo la conclusión sino también la denuncia de los tratados y convenios internacionales referidos en el artículo 94.1 de la misma, para lo que «*se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94*», por lo que si, a tenor del apartado 1 de este último, se autorizó por el Legislativo la conclusión de un tratado con determinada reserva, las Cámaras han de intervenir también decisivamente en la retirada de ésta¹⁰⁷, puesto que dicha retirada comporta que el Estado se obliga internacionalmente por ella del mismo modo que lo hizo al formularla en los términos del artículo 94.1 de la Constitución.

Y, en tal sentido, estipula el artículo 32.2 del Decreto 801/1972 que «*el Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para publicar en el «Boletín Oficial del Estado» comunicaciones suscritas por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores relativas a: ... 2. La retirada de las reservas formuladas por España... a los tratados multilaterales en los que sea parte ...*».

En definitiva, la retirada de una reserva formulada por España supone para el Estado español obligarse internacionalmente del mismo modo en que lo hizo al formularla, por lo que el Ejecutivo que se propone retirar dicha reserva ha de solicitar a las Cámaras, al amparo del artículo 94.1 de la Constitución, autorización para obligarse internacionalmente por medio de la retirada de la reserva formulada por España¹⁰⁸, al igual que hizo, en su día, para formularla.

La práctica española en materia de retirada de reservas ha sido deficiente –consecuencia de una falta de conocimiento de la naturaleza y efectos de la institución, a lo que se añadió la existencia, hasta mediados de la década de los ochenta del pasado siglo, de una situación de discrecionalidad y falta de transparencia en el conjunto de las relaciones exteriores–, pudiendo afirmarse la existencia, en ocasiones, de una escasa preocupación en relación a las reservas formuladas, que siguieron surtiendo sus efectos a pesar de la

¹⁰⁶ Ibidem, pág. 393, nota a pie de página 1181, en referencia al cuestionario publicado por el Consejo de Europa –«L'expression du consentement des Etats à être liés par un traité». Affaires Juridiques, Estrasburgo, 1978, pág. 33–.

¹⁰⁷ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 238.

¹⁰⁸ Vid., a tal efecto, a título de ejemplo, el Dictamen de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados de 11 de marzo de 2009 sobre la retirada de la reserva formulada por España a la totalidad del artículo IX del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie C, núm. 85-2, de 17 de marzo de 2009, pág. 1–.

desaparición de las condiciones domésticas que motivaron su formulación –como es el caso de la mencionada reserva al Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que, formulada como medida defensiva en un contexto histórico concreto, no fue retirada, sin embargo, como se ha señalado, hasta el 25 de agosto de 1978–, o que, incluso, continúan actualmente sin ser retiradas, como las tres reservas formuladas a los artículos 1, 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 31 de marzo de 1953, hoy carentes de todo sentido, al igual que acontece con la reserva a la totalidad del artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, que, formulada al momento de la adhesión de España, el 13 de septiembre de 1968, eludía el sometimiento a la Corte Internacional de Justicia de las controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III de la misma, y cuya autorización de retirada se encuentra actualmente en tramitación en el Parlamento por la vía de los artículos 94.1 de la Constitución y 155 y 156 del Reglamento del Congreso y 144 y siguientes del Reglamento del Senado¹⁰⁹.

La retirada de reservas formuladas a tratados que hubieren sido tramitados por la vía del artículo 94.2 de la Constitución se lleva a cabo por el Gobierno mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la fecha a partir de la cual surtan aquellas efectos¹¹⁰.

En relación con la retirada –o modificación restringente– de reservas, la *iniciativa parlamentaria* en orden a la misma tiene un valor meramente *recomendatorio* al Gobierno, pues su tramitación se efectuará como *proposición no de ley*, de manera que la resolución de la Cámara que eventualmente la adoptara carecería de valor obligatorio.

Y aunque nada dice al respecto la Convención de Viena de 1969, nada obsta a entender, aplicando por extensión las reglas correspondientes a la retirada, que, si cabe retirar o renovar una reserva, también será posible *modificarla o enmendarla* para reducir su alcance¹¹¹.

¹⁰⁹ Aprobada la propuesta por el Pleno del Congreso en su sesión de 18 de marzo de 2009 –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie C, núm 85-3, de 26 de marzo de 2009, pág. 1– y por el Pleno del Senado en su sesión del 15 de abril siguiente –Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IX Legislatura, Serie IV, núm 63 (c), de 17 de abril de 2009, pág. 5–.

¹¹⁰ Vid., a título de ejemplo, la retirada de la reserva formulada por el Gobierno en el Instrumento de Adhesión al Tratado de cooperación en materia de patentes, hecho en Washington el 2 de octubre de 1979, por resolución del Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores de 28 de enero de 1998 –BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1998–.

¹¹¹ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., pág. 229.

IV. LA RESERVA ESPAÑOLA A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CUESTIÓN DE SUS EFECTOS EN RELACIÓN CON LA LEY ORGÁNICA 8/1998, DE 2 DE DICIEMBRE, DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

A. ANTECEDENTES

El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 establecía un sistema de depuración y sanción de infracciones disciplinarias que, en muchos de sus aspectos, no resultaba acorde con las prescripciones de los artículos 5 y 6 del CEDH. Mientras que, de un lado, los artículos 443 a 447 –Capítulo III del Título XV del Tratado Segundo– del nombrado Código enunciaban las *faltas leves* y sus correcciones –que, según el artículo 1.007, se imponían *de plano*–, regulando los artículos 1.007 y 1.008 el procedimiento para la sanción de tales faltas leves, por su parte, los artículos 1.003 a 1.006 de dicho texto legal –integrantes del Título XXIV del Tratado Tercero– determinaban los procedimientos para sancionar en el ámbito castrense las *faltas graves* disciplinarias, enunciadas en los artículos 431 a 442 –dentro del Capítulo II del Título XV del Tratado Segundo–. En uno y otro caso, tales infracciones disciplinarias podían ser corregidas con sanciones privativas de libertad de hasta seis meses de duración para las graves y de hasta dos meses para las leves –artículos 415 y 416–.

De conformidad con el artículo 64 –hoy 57– del CEDH de 4 de noviembre de 1950, España, que lo ratificó mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 –BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979–, formuló, al depositar dicho Instrumento el 29 de septiembre siguiente, una reserva para excluir de la protección que confieren los derechos reconocidos en los artículos 5 –«*Derecho a la libertad y a la seguridad*»– y 6 –«*Derecho a un proceso equitativo*»– del aludido tratado a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil a los que, por entonces, se aplicaban indistintamente, de acuerdo con lo que disponía el a la sazón vigente Código de Justicia Militar, las disposiciones relativas al régimen disciplinario de dicho Código. En concreto, reza la meritada reserva que «*de conformidad con el artículo 64 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, España se reserva la aplicación de: 1) Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas*

Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar».

De esta manera, y en lo que aquí interesa, la prohibición de privar de libertad establecida en el artículo 5.1 del CEDH –con las salvedades que dicho precepto convencional expresa en sus párrafos a) a f)– debía atemperarse con la limitación del derecho a la libertad que comporta la sanción de *arresto* impuesta por autoridades administrativas propia del Derecho disciplinario militar, tal y como, *a contrario sensu*, autoriza el apartado 3 del artículo 25 de la Constitución Española –que admite que por la Administración militar se impongan «sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»¹¹²–, lo que, en realidad, suponía añadir una más al elenco de excepciones previsto en el propio artículo 5.1; así pues, el legislador debió entender que, de no formularse la reserva, los arrestos disciplinarios militares supondrían una violación del CEDH por imponer una privación de libertad no comprendida entre las incluidas en el propio artículo 5.1 del mismo, y que, por tanto, dichas sanciones resultarían ilícitas por esta razón¹¹³.

En méritos al concreto aspecto del CEDH de 1950 a que se refiere la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 de aquél se ha calificado la misma de *sustantiva* en razón de recaer sobre derechos reconocidos por el propio Convenio¹¹⁴, pudiendo, además, calificarse como *de exclusión*, pues se trata con ella de evitar o descartar los efectos jurídicos derivados de los artículos del Convenio objeto de la reserva.

Las SSTC 21/1981, de 15 de junio y 44/1983, de 24 de mayo, reconocen la existencia y operatividad de la reserva de que se trata, «*contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*», de manera que el artículo 24.2 de la Constitución «*no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario y tampoco puede aplicarse como derecho interno el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la remisión del art. 10.2 de la Constitución*».

¹¹² Vid. STC 21/1981, de 15 de junio, cuyo Fundamento Jurídico Octavo afirma que «la Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

¹¹³ Vid. DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo: «Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil». Revista General de Derecho, núm. 89, enero-febrero 1992, pág. 373.

¹¹⁴ Vid. QUEL LÓPEZ, Javier, op. cit, págs. 389 y 391.

La aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que derogó, en este concreto aspecto, las antecitadas disposiciones del Código de Justicia Militar del franquismo, dio lugar a que, mediante Nota Diplomática de 28 de mayo de 1986, remitida por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa al Secretario General del mismo, se informara a los Estados Partes en el CEDH de que la materia objeto de la reserva pasaba a estar regida por la citada Ley Orgánica 12/1985. Los términos de esta declaración, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado mediante una comunicación de 24 de septiembre de 1986 suscrita por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores –BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986–, fueron los siguientes: *«Al ratificar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por instrumento de 29 de septiembre de 1979, España se reservó la aplicación de «los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado II y en el título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar». En relación con esta reserva, se manifiesta que las mencionadas disposiciones del Código de Justicia Militar han sido sustituidas por las contenidas en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 1 de junio del año actual. La nueva legislación ha modificado la anterior para disminuir la duración de los correctivos de libertad que pueden ser impuestos sin intervención judicial y ha incrementado las garantías procesales de las personas afectadas», afirmando, finalmente, que «España mantiene, no obstante, la reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que se contienen en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sustituyen a las disposiciones mencionadas en la expresada reserva».*

En definitiva, en 1986 nuestro país procedió a adaptar la reserva formulada en 1979 a la nueva legislación interna sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas –la Ley Orgánica 12/1985–, adaptación consistente en *mantener la reserva a los artículos 5 y 6 del Convenio «en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que se contienen en el capítulo II del título III y los capítulos II, III y V del título IV» de la*

mencionada Ley Orgánica 12/1985, que sustituyen a las disposiciones del Código de Justicia Militar mencionadas en la reserva de 1979. El mantenimiento, adaptándola o actualizándola, de la meritada reserva encuentra su razón de ser en la regulación contenida en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, teniendo en cuenta las disposiciones de los Títulos II –«*De las faltas y de las sanciones*», artículos 7 a 33– y IV –«*Del procedimiento sancionador*», artículos 34 a 58– de dicho texto legal, que, para el supuesto de la comisión de faltas disciplinarias leves o graves, establecen la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad mediante procedimientos al margen de las garantías señaladas en los artículos del Convenio Europeo objeto de la reserva española¹¹⁵.

Se produjo, con posterioridad, una nueva modificación legislativa que, poniendo término a la inveterada indiferenciación del sistema sancionador de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, procedió a regular separadamente del de aquellas el régimen disciplinario propio del Instituto armado. En adelante, este último se regiría por la nueva Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y con lo indicado en la STC 194/1989, de 16 de noviembre –cuyo Fundamento Jurídico Cuarto, que vino a ser reproducido por la STC 44/1991, de 25 de febrero, recordaba al legislador disciplinario que, de acuerdo con la previsión de la aludida Ley Orgánica 2/1986, «*que no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar*», debía «*ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión*»–, mientras que el de las Fuerzas Armadas continuó regulándose por la Ley Orgánica 12/1985 y, luego, por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que vino a sustituir a esta, sin que la citada reserva formulada por España al CEDH fuera, no obstante las claras –y lamentablemente *ignoradas* o *desoídas*– indicaciones al respecto de la doctrina¹¹⁶, actualizada en relación

¹¹⁵ Ibidem, págs. 247 a 249.

¹¹⁶ Vid. DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo, op. cit., pág. 379. En relación con la Ley Orgánica 11/1991 afirma el autor que «debería superarse la inconstitucionalidad en que a nuestro juicio se incurre, atemperando nuevamente la actual reserva española tantas veces mencionada a la nueva regulación legal, que ha radiado del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas el atinente a la Guardia Civil»; vid. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel: «El arresto por falta grave», en «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)». Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa,

a la previsión de sanciones privativas de libertad que, para los miembros del Instituto Armado, se preveían en los artículos 10.1 y 2 y 13 de la Ley Orgánica 11/1991 y que, para los de las Fuerzas Armadas, se contienen en los artículos 9.1 y 2, 13 y 14 de la vigente Ley Orgánica 8/1998.

B. LA DECLARACIÓN ESPAÑOLA DE 2007 MANTENIENDO LA RESERVA DE 1979

En la conocida STEDH de 2 de noviembre de 2006 –asunto Dacosta Silva contra España–, en la que, básicamente, el Tribunal de Estrasburgo declara que la reserva formulada por España el 29 de septiembre de 1979, al depositar el Instrumento de ratificación del CEDH de 26 de septiembre anterior, no resulta aplicable a la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil –norma posterior a la Ley Orgánica 12/1985, *«que tiene precisamente por objeto regular el régimen disciplinario de la Guardia Civil en tanto que régimen específico y, por consecuencia, diferente del aplicable a las Fuerzas Armadas»*¹¹⁷–, afirma el TEDH que, conforme al artículo 57.1 del Convenio Europeo sólo pueden ser objeto de una reserva *«las leyes en vigor en aquél momento»* en el territorio de un Estado contratante y que *«la Ley Orgánica 11/1991, precitada, no se encontraba en vigor ni en 1979, fecha de la reserva, ni en 1986, fecha de la actualización de la reserva relativa al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas»*, por lo que concluye que *«la reserva española siempre tuvo por objeto el «régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas». Si desde 1991 la Guardia Civil, «fuerza y cuerpo de seguridad del Estado», y no «fuerza*

Subdirección General del Centro de Publicaciones, Madrid, 2000, pág. 593. Tras señalar la circunstancia de haberse actualizado la reserva formulada en 1979 con referencia a la Ley Orgánica 12/1985, el autor concluye que sería «también bueno que ahora se hiciese, procediendo análogamente a adaptar los términos de la reserva a esta nueva Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre».

¹¹⁷ Frente a la alegación del Gobierno español –cuya defensa pudo, sin duda, articularse mejor, para lo que hubiera, tal vez, bastado la consulta a los órganos que, habitualmente, ejercen el asesoramiento en materia disciplinaria tanto en el ámbito de las Fuerzas Armadas como de la Guardia Civil– de que –p. 28– *«las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 continúan en vigor ... la Ley Orgánica 11/1991 es una simple especificación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la medida en que se adapta a las particularidades de la Guardia Civil en cuanto «institución armada de naturaleza militar»», sin, por lo tanto, sustraerla a las competencias del Ministerio de Defensa o de la jurisdicción militar. El Gobierno español asimila, por tanto, el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil al de los militares ...», afirma el TEDH –p. 36– que «pretender que la reserva española, basada en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sea aplicable a una norma posterior, que tiene precisamente por objeto regular el régimen disciplinario de la Guardia Civil en tanto que régimen específico, y, por consecuencia, diferente del aplicable a las Fuerzas Armadas, en nuestra opinión es difícilmente sostenible».*

armada», tiene por imperativo legal, recordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente del de las Fuerzas Armadas, y regido por una Ley Orgánica propia, la reserva no puede por consecuencia extenderse a una norma que tiene por finalidad una separación del objeto reflejado en la reserva. Siendo esta pretensión contraria al Convenio, el Tribunal no puede aceptarla».

Independientemente de lo expuesto, y a modo de *obiter dictum*, expresamente señalaba el TEDH que «*el objeto de la reserva española era el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, regido por el Código de Justicia Militar al tiempo de la reserva (1979), y posteriormente por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que la Parte contratante comunicó al Consejo de Europa en 1986. Actualmente el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas esta regulado por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, modificación legislativa de la que hasta el día de hoy el Consejo de Europa no ha sido informado*»¹¹⁸.

Fue precisamente este concreto párrafo de la STEDH de 2 de noviembre de 2006 el que dio lugar a que por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, mediante escrito de 4 de diciembre de 2006, se propusiera a la del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación que, previos los trámites pertinentes, y a la mayor brevedad posible, se procediera, por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa, a formular, al amparo del artículo 57 del CEDH de 4 de noviembre de 1950, una declaración *manteniendo* la reserva española en relación a la Ley Orgánica 8/1998 –respecto al régimen disciplinario de la Guardia Civil, la STEDH de 2 de noviembre de 2006 resultó, sin duda, determinante a la hora de resolver el pulso desarrollado hasta ese momento entre partidarios y enemigos de mantener, en el régimen disciplinario específico de este Instituto armado de naturaleza militar, la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad, abogando aquella en pro de la postura favorable a la supresión de las mismas, tal y como vino a decidirse finalmente en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, aunque nada al respecto se indica en su Preámbulo, como a continuación veremos– con el texto tentativo que se reseñaba en aquél escrito, y que, en lo que aquí interesa, venía a decir que «*el Reino de España confirma, no obstante, su reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que resultaren incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre –Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV–, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999*».

¹¹⁸ Vid. p. 35.

Dicha propuesta para la formulación de la citada declaración fue admitida sin objeción alguna por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que abundó en la necesidad de nuestro Estado de seguir manteniendo la reserva formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y en la conveniencia, por ende, de que por el Representante Permanente de España ante el Consejo de Europa se procediera a informar al Secretario General de éste, en cuanto depositario del CEDH, de los cambios legislativos ocurridos en la materia en España. Tras diversos trámites e informes –destacadamente el de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 26 de enero de 2007–, que culminaron con el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 9 de febrero de 2007 por el que se toma conocimiento de la declaración del Reino de España por la que se *modifica* (sic.) su reserva a los artículos 5 y 6 del CEDH, la Misión Permanente de nuestro país ante el Consejo de Europa remitió al Secretario General de éste, como depositario del CEDH, una Nota Verbal con el texto de la declaración unilateral de España por la que se *mantiene* la reserva española –que fue registrada por el Secretariado General de la organización el 23 de mayo de 2007–, cuyo texto, publicado mediante comunicación de 24 de octubre de 2007 del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación –BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007–, es, en lo esencial, del siguiente tenor: «*La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, ha sido sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999. Esta Ley Orgánica 8/1998 deroga la Ley 12/1985, reduce el límite máximo de la sanción de arresto por falta grave que puede ser impuesta sin intervención judicial y en materia de procedimiento avanzada en el reconocimiento de las garantías y derechos personales. El Reino de España mantiene su reserva que quedará redactada en los siguientes términos: «España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida [en] que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre –Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV–, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999»».*

Los trámites que siguió esta declaración unilateral –como los de la de fecha 28 de mayo de 1986, publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre siguiente– no han sido los de las reservas –o las declaraciones interpretativas–, formuladas en el momento de manifestar el Estado el consentimiento en obligarse por un tratado –artículos 20.3 y 29.2 del Decreto

801/1972 y Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación núm. 3.173–, pues la misma no es una reserva sino un *mantenimiento*, una *actualización* o una *adaptación* de la reserva formulada en su día –desde luego, no una modificación–, y por ello se lleva a cabo en momento distinto, aunque, por su relevancia, se somete al trámite de toma de conocimiento por el Consejo de Ministros, publicándose su texto en el BOE –de conformidad con el artículo 29.2 del Decreto 801/1972– con posterioridad a producirse la comunicación de la citada declaración al Secretario General del Consejo de Europa.

C. LOS EFECTOS DE LA RESERVA DE 1979 DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 8/1998 A SU REGISTRO POR EL SECRETARIADO DEL CONSEJO DE EUROPA

La cuestión de cuales hayan de ser los efectos de la meritada reserva española en el ínterin entre la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 –el 3 de febrero de 1999– y la fecha en que fue registrada por el Secretariado del Consejo de Europa la declaración unilateral española manteniendo la reserva de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH en relación con dicha Ley Orgánica –el 23 de mayo de 2007– ha sido objeto de algunos pronunciamientos de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en relación a las sanciones disciplinarias privativas de libertad impuestas a miembros de las Fuerzas Armadas en dicho lapso temporal, en razón de haberse entendido por los interesados que, durante ese intervalo de tiempo, la reserva no surtía efectos y, por tanto, las sanciones de que se trata resultaban ser contrarias al CEDH –en concreto, a su artículo 5.1– y, por ende, nulas.

En dicha doctrina jurisprudencial, esencialmente concorde en descartar cualquier asimilación entre los arrestos impuestos en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que fue objeto de la STEDH de 2 de noviembre de 2006, y las sanciones de la misma clase recaídas en el campo disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, así como en atribuir plena validez y efectos a la reserva de 1979 entre la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 y la fecha en que la declaración española de 2007 fue registrada por el Secretariado General del Consejo de Europa –y a salvo, naturalmente, de los eventuales pronunciamientos al respecto tanto del Tribunal Constitucional como, en su caso, del TEDH–, podemos advertir *tres líneas argumentales*, todas ellas mutuamente complementarias. Las dos primeras se contraen, ante todo, al análisis de los efectos de la reserva de 1979 desde el punto de vista del Derecho internacional y de la juris-

prudencia del TEDH, mientras que la tercera aborda la cuestión desde la perspectiva constitucional española.

La primera, básicamente mantenida desde la Sentencia de 6 de febrero de 2008¹¹⁹, y seguida, invariablemente, por todas las que, a continuación, citaremos, afirma, en relación con la validez de la reserva de 1979 –tras haber omitido el Estado español informar al Consejo de Europa acerca de la sustitución de la Ley Orgánica 12/1985 por la Ley Orgánica 8/1998–, que no puede admitirse, como se ha pretendido, que los efectos de la reserva –esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de los artículos 5 y 6 del CEDH en cuanto a su aplicación al Estado español en el concreto ámbito material de la reserva– hubieran quedado en suspenso entre el 3 de febrero de 1999 y 23 de mayo de 2007. Y ello por cuanto que –sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas–, en el caso de haber decaído aquella como consecuencia de su falta de comunicación, no podría *«reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que sólo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art. 57 del Convenio)»*, significando, a la hora de ponderar las consecuencias de aquella omisión del deber de informar acerca de un cambio legislativo directamente relacionado con la norma invocada al formular la reserva, que ésta se mantiene en aquél lapso temporal en su contenido y alcance sustancial, *«de manera que el ámbito material cubierto sigue siendo el mismo, con abstracción de la norma disciplinaria vigente en cada momento»*, ya que *«ni se han ampliado los contenidos, ni tampoco se ha producido rebaja alguna en el nivel de los compromisos asumidos por España al adherirse al Convenio»*, de manera que *«la LO. 8/1998 representa un claro progreso en la formulación de los tipos, reducción del tiempo de duración de las sanciones de arresto y ampliación de las garantías de los sujetos afectados por la actuación disciplinaria, dándose lugar a una subrogación normativa en la materia que para nada desborda aquel núcleo esencial de lo que fue y sigue siendo el*

¹¹⁹ STS, Sala Quinta, de 6 de febrero de 2008 –Ponente: Calderón Cerezo–. Afirma que en la propia STEDH de 2 de noviembre de 2006 se exponen las razones por las que «la decisión del legislador de establecer un régimen específico para el Instituto armado, en su condición de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado (art. 9.º b) LO. 2/1986, de 13 de marzo), determinó su separación de aquél ámbito propio de los Ejércitos en sentido estricto, con lo que no podía mantenerse a raíz de la entrada en vigor de la LO. 11/1991, que la exclusión aplicativa de los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio representada por la reserva española comprendiera las privaciones de libertad que en concepto de arrestos disciplinarios pudieran imponerse a los miembros de dicho Instituto. Y a mayor abundamiento cuando la reserva ni siquiera se llegó a actualizar con referencia a la LO. 11/1991», así como que el ámbito material a que la reserva se constriñe ha sido siempre «el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas».

objeto de reserva. La jurisprudencia citada (casos «Belilos», «Webe» y la decisión de la Comisión Europea de 12.10.1981, asunto «Temeltasch») se pronuncia sobre las razones de fondo que justifican la invocación de la Ley nacional en vigor excluyente de alguna disposición del Convenio, «acompañada de una breve exposición de la Ley de que se trate», y ello por razones probatorias, de publicidad y de seguridad jurídica, para conocimiento de las Partes, de los Órganos del Convenio y de cualquier ciudadano sobre el alcance de las reglas cuya aplicación pretende evitar un Estado mediante la reserva; si bien que tales pronunciamientos adquieren más relevancia en el momento de la presentación de la reserva o en los casos de alteración de los contenidos de la misma, que en los supuestos de sucesión y continuidad de normas en que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia», como es el caso de la Ley Orgánica 8/1998. Tras ello, sienta que «la materia de los arrestos impuestos a los militares en aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, continúa rigiéndose por la norma específica que lo regula representada por LO. 8/1998, de 2 de diciembre, que forma parte del derecho interno nacional en función y como efecto derivado de la reserva realizada por España en 1979 a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual fue actualizada en 1986 y ha sido mantenida en 2007; de manera que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en SS. 21/1981, de 15 de junio, 44/1983, de 24 de mayo, 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero, y nuestra propia jurisprudencia (Sentencia 27.09.2004, y las que en ella se citan), el hecho de la imposición de los reiterados arrestos en el ámbito singular propio del Régimen Disciplinario Militar, recaídos con sujeción a la expresada normativa, no vulnera por sí solo las disposiciones del Convenio Europeo comprendidas en la reserva, ni el derecho fundamental que se invoca a la libertad personal»¹²⁰.

¹²⁰ A esta Sentencia se formuló por dos magistrados –Juanes Peces y Calvo Cabello– un Voto Particular concurrente en el que, tras exponer que la determinación de la compatibilidad de la reserva con el tratado –y las consecuencias jurídicas de la falta de actualización de una reserva– corresponde no a los órganos nacionales sino a los internacionales –en cuanto al CEDH, primero la Comisión y actualmente el TEDH–, se afirma que la resolución del recurso «está en íntima relación con la cuestión de si las reservas una vez efectuadas deben ser o no actualizadas e igualmente, la forma en que dicha actualización debe ser llevada a efecto», señalando en tal sentido que «el Convenio de Roma no dice nada respecto a la obligación por parte de los Estados de actualizar sus reservas, sin embargo, la praxis y el propio TEDH (Caso Dacosta Silva, STEDH 2 de noviembre de 2006 –EDJ 2006/277898–) así lo exigen y ello por razones de seguridad jurídica, en palabras del propio TEDH, ya que pudiera darse el caso de que la nueva ley modificadora del régimen jurídico anterior objeto de reserva fuese más allá de los términos de la reserva en su día realizada, resultando así

A esta Sentencia de 6 de febrero de 2008 la siguen las de la misma Sala de 28 de octubre del aludido año¹²¹, que reitera, en su Fundamento de Derecho Primero, la conclusión a que se llega en el apartado 5 del Primero de los Fundamentos de Derecho de aquella y la de 13 de noviembre

incompatible con el Convenio, de ahí que el TEDH entienda que las reservas deben actualizarse cuando se produce un cambio legislativo. En tal sentido algunos autores hablan de actualización de reservas y otros de adaptación, pero cualquiera que sea la denominación utilizada, el hecho cierto es que es absolutamente necesario que el reservante notifique el cambio legislativo operado al depositario del Tratado produciéndose así de esta manera una adaptación de la reserva, la que subsiste en todo su contenido o ámbito material pero cuya base legal interna se ha modificado». Añade, tras ello, que «sin embargo, al modificarse el Régimen Disciplinario de las FFAA por mor y efecto de LO 8/98, este cambio legislativo no se comunicó hasta el 23 de mayo de 2007 de suerte que ha existido un lapso de tiempo en el que España no había actualizado la reserva referida respecto a los arts. 5 y 6 del Convenio lo que plantea, por tanto, si esta omisión en este lapso temporal determina la invalidez de la reserva con carácter temporal. Es cierto que el TEDH en la Sentencia Belilos y posteriormente en el caso Weber ha considerado que el no acompañar a la reserva la breve exposición de la o las normas internas exigidas por el art. 64.2 constituye una cuestión de fondo y no un mero trámite, lo que a su vez nos plantea dos cuestiones colaterales pero conectadas entre sí: a) Si hay un plazo en el Convenio para llevar a efecto la actualización de las reservas. b) Las consecuencias jurídicas, no de la falta de comunicación del cambio legislativo, sino de un retraso en el mismo. En definitiva, si una comunicación tardía puede dar lugar a la invalidez de la reserva durante el tiempo en que tuvo lugar dicha omisión», concluyendo que «el Tratado no establece ningún plazo para la actualización de las reservas, entre otras razones, porque no las regula, de manera que es lógico deducir que los Estados tienen un margen de actuación en este sentido, lo que no excluye la posibilidad de que en cada caso se considere que el Estado reservante ha ido más allá de un margen de actuación razonable a la hora de comunicar el cambio legislativo operado. En segundo lugar que, en mi opinión, no puede hacerse una traslación mimética de la doctrina del TEDH en el caso Belilos, en donde se sancionaba con la invalidez de la reserva el no acompañamiento a la misma de una breve exposición de las normas internas, porque las exigencias formales son más intensas en el caso de la reserva que es por definición el acto clave en esta materia que en el de la mera actualización. A tenor de lo expuesto, habremos por tanto de abordar si una notificación del cambio legislativo operado en el ámbito disciplinario de las FFAA realizada tiempo después de la adopción de una nueva ley conlleva la invalidez de la reserva durante el tiempo en que se produjo la omisión de la comunicación. Habrá de ser desde la perspectiva de los Principios Generales del Derecho, en particular, el de la buena fe y el de proporcionalidad, desde cuya óptica examinemos si una notificación realizada por el Estado Español determina la invalidez de la reserva inicialmente hecha. Pues bien, en razón a tales principios, y a que la comunicación tuvo lugar, aunque varios años después, considero que sería absolutamente contrario a los principios de buena fe y proporcionalidad considerar inválida una reserva expresamente hecha por España por el mero hecho de haber realizado la comunicación del cambio legislativo tiempo después de la aprobación de la LO 8/98, cuando a mayor abundamiento y a estos solos efectos la modificación de la Ley Disciplinaria de las FFAA en materia de arrestos no ha modificado en lo esencial el régimen jurídico objeto de la reserva, lo que no prejuzga que el TEDH o la Comisión puedan entender que dicha omisión posteriormente subsanada tiene entidad suficiente para invalidar la reserva durante el tiempo en que no se efectuó pues, en definitiva, tal como hemos señalado, es al TEDH al que corresponde esta apreciación».

¹²¹ STS, Sala Quinta, de 28 de octubre de 2008 –Ponente: Calderón Cerezo–.

siguiente¹²², que, en su Fundamento de Derecho Segundo, reitera lo que se dijo en las de 6 de febrero y 28 de octubre anteriores, añadiendo, en el Tercero de sus razonamientos jurídicos, y siguiendo, en parte, el tenor del Voto Particular concurrente formulado a la Sentencia de 6 de febrero de 2008, lo que, a nuestro juicio, integra la segunda de las líneas argumentales a que hicimos referencia anteriormente.

Por su parte, la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 señala, en primer término, que *«el Estado Español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH, en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial, no importa que en el caso de la Ley 8/98 no lo hiciera hasta Mayo de 2.007»*, añadiendo que *«el Convenio de Roma no establece obligación por parte de los Estados de actualizar las reservas hechas al inicio de la ratificación del Tratado. Sin embargo, la praxis y lo que es más relevante a los efectos aquí examinados, el TEDH (caso Dacosta Silva de 2 de noviembre de 2.006 EDJ 2006/277898) así lo exigen por razones de seguridad jurídica, ya que pudiera ocurrir que la normativa sustitutiva de la anterior que sí fue objeto de reserva, introdujera modificaciones sustanciales respecto a la antigua normativa, de suerte que pudiera resultar incompatible con el Convenio de Roma, de ahí que el Tribunal obligue a los Estados nacionales a comunicar cada cambio legislativo que se produzca respecto a las leyes objeto de reserva a fin de verificar su acomodación a los términos del Convenio»*, para señalar finalmente que *«existe obligación de actualizar las reservas (STEDH Caso Belilos vs Suiza de 29 de abril de 1.988 y Weber vs Suiza 22 de mayo de 1.990 –EDJ 1988/10470 y EDJ1990/12363, respectivamente–) cualquiera que sea la denominación utilizada»*, por lo que *«la inmediata cuestión a dilucidar es si la reserva queda suspendida hasta que se actualice o si, por el contrario, continúa en vigor en tanto que el Tribunal declare incompatible la nueva ley con el Tratado. El recurrente, en el caso que nos ocupa, así lo entiende con la consecuencia de que el arresto impuesto en el tiempo en que la reserva aún no había sido actualizada es nulo. Esta Sala por el contrario, tal como dijimos en nuestras sentencias anteriormente citadas, considera que la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio estaba en vigor en la fecha en que tuvo lugar el arresto del recurrente y ello porque las reservas cumplen una función diferente a la de las actualizaciones. En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por*

¹²² STS, Sala Quinta, de 13 de noviembre de 2008 –Ponente: Juanes Peces–.

el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior; salvo modificaciones, y, por tanto, no esencial. Pues bien, desde esta perspectiva, es decir, del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se de, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada, como se sostiene de contrario, a su actualización ya que esta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Cuestión distinta es que el Estado Español no hubiera notificado nunca el cambio legislativo operado. En este caso, la problemática, compleja, sería otra».

La tercera, y última, línea argumental viene a complementar o reforzar, desde un punto de vista formal y constitucional, las dos primeras, pues, asumiendo, en su integridad, el contenido de las SSTS de 6 de febrero y de 13 de noviembre de 2008, y las que las siguieron, pone de relieve que, conforme a nuestro Derecho interno, la reserva de 1979, con sus sucesivas modificaciones, forma parte del CEDH tal como fue ratificado por el Estado español, que prestó su consentimiento en obligarse por dicho tratado si bien con la exclusión de efectos de los artículos 5 y 6 del mismo determinada por la reserva que, en tal momento, formuló. La STS de 19 de enero de 2009¹²³, seguida por las de 2 de abril, 14 y 18 de mayo y 22 de junio de 2009, tras reiterar lo expuesto sobre la cuestión en las Sentencias que la preceden, se-

¹²³ STS, Sala Quinta, de 19 de enero de 2009 –Ponente: Pignatelli Meca–.

ñala, en el Tercero de sus Fundamentos de Derecho, que «*el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 141/1998, de 29 de junio, seguida por la del Pleno de dicho Tribunal núm. 292/2005, de 10 de noviembre, afirma que “la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1 d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma”*. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2 d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que se adhirió España mediante Instrumento de 16 de mayo de 1972 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980)», tras lo que afirma que «*la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 puede calificarse como una reserva sustantiva de exclusión de cláusulas del Convenio, pues trata de evitar o excluir algunos de los efectos jurídicos que se derivan de los citados preceptos, siendo una reserva permitida por el tratado sobre el que opera (artículo 64 del primitivo texto del mismo, hoy 57 según la modificación del articulado operada por el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 –BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998–) y compatible con el objeto y el fin del mismo; la reserva española de mérito forma, pues, parte integrante del Convenio desde 1979*».

Sentado lo anterior, la STS de 19 de enero de 2009 concreta que «*dado que, a tenor del artículo 21.1 a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, la reserva modifica las disposiciones del tratado respecto a las que se formula, “en la medida determinada por la misma”, en las relaciones del Estado autor de la reserva con los demás Estados Partes en el tratado y viceversa y que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23.4 de dicha Convención de Viena, la retirada de la reserva “habrá de formularse por escrito”, es obvio que, en tanto esto último no se hubiere llevado a cabo, la reserva, una vez formulada por el Estado, surte sus efectos indefinidamente, a menos que el tratado respecto al que se haga disponga expresamente otra cosa, lo que no es el caso del artículo 57 del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950. En efecto, la reserva, en cuanto que, una vez aceptada, forma parte integrante del tratado –y, como dice la aludida STC 292/2005, de 10 de noviembre, siguiendo la STC 141/1998, de 29 de junio, “no entra a formar*

parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial”–, debe, por ende, ser publicada con éste, ya que, como estipula el artículo 29.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la publicación en el BOE de los tratados en que España sea Parte se llevará a cabo “mediante la inserción del texto íntegro del tratado... así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas...”; como afirma la STC 141/1998, tan nombrada, el principio de publicidad de las normas a través de su publicación en el BOE viene a ser exigencia del artículo 9.3 en relación con el 96.1, ambos de la Constitución y 1.5 del Código Civil, principio que guarda íntima relación con el de seguridad jurídica consagrado en el mentado artículo 9.3 de la Norma Legal Fundamental (SSTC 179/1989, 151/1994 y 141/1998). Y, en idéntico sentido, debe la reserva, para dejar de surtir sus efectos, ser formalmente retirada mediante la correspondiente publicación en el BOE, como estipula el artículo 32.2 del indicado Decreto 801/1972, de manera que, como señala la tan aludida STC 141/1998, “la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma», de manera que «una cláusula de un Tratado –y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es– no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido publicada previamente de forma oficial”».

La Sentencia concluye que, «en suma, a tenor de la STC 292/2005 siguiendo la STC 141/1998, “las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el art. 21.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969... y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el art. 32 del Decreto 801/1972 exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier ‘acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España’”, de manera que el formalismo de la reserva –consecuencia de la exigencia de certeza jurídica en cuanto al alcance del consentimiento del Estado en obligarse que es consustancial al Derecho de los Tratados–, consistente en la forma expresa y escrita de ésta y su comunicación oficial, consignándola en un Instrumento diplomático, al momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, impide entender que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Dere-

chos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudiera encontrarse condicionada en su virtualidad o eficacia a la, a tales efectos accesoria, circunstancia de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos que se produzcan en la materia a que dicha reserva se contrae –en el caso que nos ocupa, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad–, pues, como dice nuestra citada Sentencia de 13 de noviembre de 2008, la actualización de la reserva en relación a la Ley interna que venga a regular la materia objeto de reserva cumple, únicamente, la función de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que instituye el artículo 19 del Convenio de Roma de 1950 pueda examinar el respeto, por el Estado Parte que lleva a cabo la notificación o comunicación, de los compromisos que resultan del mismo –y no se olvide, a efectos de dicho examen, que, como hemos dicho, del texto del Convenio forma parte, en relación a tal Estado, el de la reserva–. Aceptar la tesis de la recurrente comportaría atribuir al hecho de no comunicar al Secretariado del Consejo de Europa una modificación legislativa afectante a la materia sobre la que recae la reserva los mismos efectos que hubiera producido la retirada de esta última. En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto ... debiendo tal retirada o revocación, para surtir sus efectos tanto “in foro domestico” como en el ámbito internacional, llevarse a cabo de la misma forma en que se produjo la formulación de la reserva, es decir, por las Cortes Generales, en los términos previstos en los artículos 94.1 de la Constitución y 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y concordantes del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994. No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos. En suma, el mantenimiento de la reserva de 1979 llevado a cabo por España en 2007 no comporta sino que el Consejo de Europa y el TEDH en

su caso tengan conocimiento de que la materia objeto de reserva aparece ahora regulada en la Ley Orgánica 8/1998, es decir, una mera notificación de que las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 a que se refería la comunicación de 28 de mayo de 1986 han venido a ser reemplazadas por las de la Ley Orgánica 8/1998 que se mencionan en la comunicación de 23 de mayo de 2007, manteniéndose la reserva formulada en 1979 a los aludidos artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en la medida en que continuaren resultando estos incompatibles con las disposiciones que se citan de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre».

En conclusión, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha sentado, en primer término, el carácter permanente de la validez de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH, cuyos efectos no han quedado en suspenso o decaído entre el 3 de febrero de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998 y el 23 de mayo de 2007, fecha en que el Secretariado del Consejo de Europa registró la declaración española de 2007 actualizando aquella reserva de 1979, pues el ámbito material cubierto por esta ha sido siempre el mismo –el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas–, abstracción hecha de la norma interna disciplinaria vigente en cada momento que lo regule.

En segundo lugar, resulta evidente según aquella doctrina jurisprudencial que el Estado español siempre ha tenido la intención de mantener la reserva de 1979 a los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH en relación únicamente al régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, y aunque la actualización de la misma viniera exigida por razones de seguridad jurídica, en orden a que pueda el TEDH verificar la acomodación al CEDH de los cambios legislativos habidos en 1998, la reserva no queda decaída o suspendida hasta que efectivamente se actualice o adapte y ello por cuanto que la actualización únicamente cumple la función de posibilitar al TEDH un control *a posteriori* de las modificaciones legislativas relativas al ámbito, sustantivo o adjetivo, de la reserva a fin de controlar que tales modificaciones no se apartan, en lo sustancial, del ámbito propio de la misma –es decir, del específico régimen disciplinario de los Ejércitos–. Ello impide entender que la reserva de 1979 se encontrara condicionada en su virtualidad o eficacia a la circunstancia, meramente accesoria, circunstancial o episódica, de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos producidos, con posterioridad a su formulación, en la materia a que aquella se contrae, por lo que el innegable retraso del Estado español en la notificación del cambio legislativo habido en 1998 en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas no puede afectar a la eficacia de la reserva de 1979, que, repetimos, no queda condicionada en su validez por

razón de su actualización, ya que, como acertadamente señalan las citadas SSTs de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 13 de noviembre de 2008, dicha reserva sólo cumple la función de propiciar que el TEDH pueda examinar, en su momento, la compatibilidad de la nueva Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas con el CEDH, teniendo en cuenta a tal efecto que el ámbito material de la reserva de 1979 ha sido *siempre* dicho régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Por último, y como señala la STS de la Sala de lo Militar del Alto Tribunal de 19 de enero de 2009, desde un punto de vista adjetivo y constitucional, en tanto no se retire formalmente la reserva formulada por España al CEDH en 1979 forma parte integrante del mismo, en cuanto que viene permitida por el Convenio y excluye –de manera compatible con el objeto y fin de éste– determinados efectos jurídicos que se derivan de la aplicación de sus artículos 5 y 6 –que aparecen modificados, en las relaciones entre España y los demás Estados Partes en el Convenio, en la medida determinada por dicha reserva–. Por consiguiente, en tanto la citada reserva no sea retirada, y dado que el procedimiento para ello exige –al amparo de lo dispuesto en los artículos 94.1 de la Constitución Española, 23.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso y 144 del Reglamento del Senado, todos ellos *in fine* y 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo– que se lleve a cabo mediante las mismas formalidades determinadas constitucionalmente para que el Estado prestase su consentimiento en obligarse por dicho Convenio y formulase dicha reserva –es decir, a propuesta del Gobierno, con aprobación de las Cámaras legislativas y publicación de la retirada en el BOE–, solo podría considerarse que la reserva ha dejado de surtir efectos, tanto *in foro domestico* como en el ámbito internacional, cuando hubiera sido formalmente retirada, lo que no es el caso.

D. LA CUESTIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY ORGÁNICA 12/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL: LA IGNORANCIA INEXCUSABLE O LA INTENCIONADA PERSISTENCIA DEL LEGISLADOR DISCIPLINARIO EN LA GENERACIÓN DEL DESDORO INTERNACIONAL DE ESPAÑA

Si tanto la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, como, lógicamente, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, que ha venido a suceder a aquella a partir del 23 de enero de 2008 en la regulación del régimen dis-

ciplinario específico de la Guardia Civil, tienen por finalidad, como dice el TEDH en su Sentencia de 2 de noviembre de 2006 –asunto *Dacosta Silva contra España*– «*una separación del objeto reflejado en la reserva*» de 1979, es decir, de la exclusión de la aplicabilidad de los artículos 5 y 6 del CEDH al régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas, lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –que, en virtud de la modificación introducida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, estipula ahora que «*cuando la Guardia Civil actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en unidades militares, resultará de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*»–, origina, en lo que atañe a la eventual aplicabilidad de las sanciones privativas de libertad previstas en los artículos 9.1 y 2, 13 y 14 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, a miembros de la Guardia Civil, una compleja problemática derivada de haberse ignorado paladinamente por el legislador disciplinario de 2007 aquella *separación o segregación* del específico régimen disciplinario del Benemérito Instituto del objeto reflejado en la reserva de 1979 –el régimen disciplinario propio de las Fuerzas Armadas– de que tan clara mención hace el TEDH en aquella Sentencia.

Evidentemente no puede sino convenirse en que, por mor de la aludida Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, se ha producido esa «*ampliación de contenidos*» a que se refiere la STS de 6 de febrero de 2008 para entender que la reserva de 1979 no se mantiene en 2007 en su ámbito y alcance sustancial –contenido precisado, en lo que ahora se analiza, por el hecho de que «*la decisión del legislador de establecer un régimen específico para el Instituto armado, en su condición de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado (art. 9.ºb) LO. 2/1986, de 13 de marzo*), *determinó su separación de aquél ámbito propio de los Ejércitos en sentido estricto*»–, puesto que «*la subrogación normativa en la materia*» que indiscutiblemente origina dicha Disposición adicional es evidente que «*desborda aquél núcleo esencial de lo que fue y sigue siendo el objeto de reserva*», es decir, el específico régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y ello por cuanto que, como afirma rotundamente la indicada STS de 6 de febrero de 2008, «*no podía mantenerse a raíz de la entrada en vigor de la LO. 11/1991, que la exclusión aplicativa de los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio representada por la reserva española comprendiera las privaciones de libertad que en concepto de arrestos disciplinarios pudieran imponerse a los miembros de dicho Instituto*».

Estamos, en consecuencia, ante una *modificación o alteración amplia- toria* de los contenidos de la reserva de 1979 tal y como ha sido esta actuali- zada o adaptada en 2007, cuyo ámbito material viene a ser, de esta for- ma, notablemente sobredimensionado, y no ante un supuesto de sucesión y continuidad de normas, en el que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia. Una reserva a un trata- do cuyo objeto es la tuición de derechos esenciales puede ser enmendada para reducir su alcance pero en modo alguno puede ampliarse su objeto –en forma casi subrepticia– mediante una modificación normativa interna que no se notifica al depositario del tratado, con apariencia de una clara infracción, a nuestro entender, del principio de la buena fe.

Como dice la STS de 13 de noviembre de 2008, el Estado español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH «*en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial*». A tal efecto, la actualización de la reserva de 1979 llevada a cabo en 2007 resultaba obli- gada, ya que, como hemos dicho, el TEDH así lo viene exigiendo por ra- zones de seguridad jurídica, a fin de evitar que el Estado reservante amplíe el objeto de su reserva introduciendo en la normativa interna que la motivó modificaciones que amplíen o desborden dicho objeto.

Y es precisamente una *modificación o alteración lata o no restringente del objeto de la reserva* de que se trata lo que, a tenor de la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, viene a producirse ahora, ex- tendiendo el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley Orgánica 8/1998 más allá de lo que fue, y, a nuestro juicio, sigue siendo, el núcleo esencial de la reserva¹²⁴, es decir, el específico régimen disciplinario aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas, en méritos al cual pueden estos, y solo estos, ser castigados por la Administración militar con sanciones discipli- narias privativas de libertad.

La razón de ser de esta Disposición adicional viene expresada con pal- maria claridad en el apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007. Tras señalar cuales son los motivos «*de la supresión de la figura del arres- to del cuadro de sanciones disciplinarias*» aplicables a los miembros del Instituto Armado –entre los que, por cierto, y no obstante su importancia ancilar al efecto, no se hace mención de la STEDH de 2 de noviembre de 2006–, sin rebozo alguno declara el legislador disciplinario de 2007 que queda «*limitada la eventual aplicación de esta figura sancionadora, típica*

¹²⁴ Según la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– «una reserva ocasiona la inaplicabilidad del Convenio sobre un punto particular» –p. 40–.

del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, para los supuestos en que se lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares –generalmente desplazadas en el extranjero–, situaciones en las que es preciso dar un tratamiento unitario a las consecuencias de los ilícitos disciplinarios».

Así pues, el fundamento de esta decisión del legislador disciplinario de 2007 no es otro que «*dar un tratamiento unitario*» a las «*consecuencias*» (sic.) de las infracciones disciplinarias que se pudieran cometer por los Guardias Civiles que se encuentren en estas dos situaciones de desempeño de misiones militares o de integración en Unidades militares, y ello no obstante reconocer que la sanción de arresto es «*típica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*». Se prevé, pues, la posibilidad de imposición –obviamente por la Administración militar– de sanciones privativas de libertad a quienes no son miembros de las Fuerzas Armadas por razones de discutible utilitarismo u oportunidad –habría que preguntarse el porqué de que esas dos situaciones concretas, y no otras como luego veremos, impongan el *tratamiento unitario* de las *consecuencias* de los ilícitos disciplinarios y, aunque no parece ser ese el propósito del legislador disciplinario de 2007, de los propios ilícitos de que se trata, pues la legislación específica de las Fuerzas Armadas habrá de aplicarse, en estos casos, en su integridad, por lo que los tipos configurados en los artículos 7, 8 y 17 de la Ley Orgánica 8/1998, así como los procedimientos sancionadores y las autoridades con competencia para imponer las sanciones serán, en bloque, las previstas en esta norma legal–, conculcando con ello, desde luego, el tenor de los artículos 5.1 y 6.1 del CEDH. No puede decirse, pues, que el Estado español haya no ya cumplimentado sino ni siquiera respetado, en esta concreta Disposición adicional, la STEDH de 2 de noviembre de 2006, pues este –a nuestro entender, inmeditado– cambio legislativo posterior a dicha resolución la desconoce o ignora por completo, lo que no es de extrañar, por otro lado, dada la patente levedad del bagaje jurídico de que parece adornado el autor de la Ley Orgánica 12/2007. Tal vez si los supuestos en que se aplicara a los miembros de la Guardia Civil la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas fuesen aquellos de que se hace mención en el párrafo segundo del artículo 7 bis –añadido al vigente Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985 por la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/2007–, que son distintos de los dos señalados ahora en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, a saber, en tiempo de guerra o durante la vigencia del estado de sitio –y ello siempre que España llevara a cabo la notificación de incorporación de la Guardia Civil a sus *fuerzas armadas* que prevé el apartado 3 del artículo 43 del Protocolo I de

8 de junio de 1977, Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, ratificado por nuestro país mediante Instrumento de 21 de abril de 1989; BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989–, pudiera entenderse que la previsión ahora contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, no resulta contradictoria con el tenor del consentimiento prestado en 1979 por el Estado español para obligarse por el CEDH.

No estamos, en consecuencia, ante un «*supuesto de sucesión y continuidad de normas en que no se afectan las condiciones iniciales sino para mejorar la regulación positiva de la materia*», como dice la STS de 6 de febrero de 2008 en referencia a la Ley Orgánica 8/1998, sino, a nuestro juicio, ante una auténtica *ampliación* del contenido de la reserva de 1979, tal como ha sido este delimitado por el TEDH en su Sentencia de 2 de noviembre de 2006, por lo que la imposición de arrestos que se permite ahora fuera del ámbito singular propio del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas vulneraría disposiciones del CEDH comprendidas en la reserva. La actual redacción del artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 comporta, en definitiva, alterar o modificar las disposiciones del CEDH sobre las que la reserva de 1979 se formuló, puesto que viene a introducirse ahora un régimen jurídico –para la Guardia Civil– esencialmente diferente de aquél al que la reserva de 1979 ha quedado circunscrita por virtud de la declaración española de 2007, reserva que, en los términos en que la fija la citada declaración, forma parte del CEDH en relación a España, por lo que estamos no ante una actualización sino, como hemos dicho, ante una verdadera modificación o alteración del contenido de dicha reserva y, por ende, del Convenio de Roma de 1950.

La razón de ser de este proceder del legislador disciplinario de 2007 no puede ser otra que la más acendrada y persistente *ignorancia* de la materia que regula. La STEDH de 2 de noviembre de 2006 era, al momento de procederse a la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica que fue luego la 12/2007, de 22 de octubre, generalmente conocida, puesto que su contenido fue notoriamente publicitado, no obstante lo cual resultó desatendida, lo que, en nuestra opinión, significa que el contenido del inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo –que abocará inexorablemente a las autoridades con competencia disciplinaria, no obstante su fundada reluctancia a ello, a la imposición de sanciones privativas de libertad a miembros de la Guardia Civil por faltas leves o graves de las configuradas respectivamente en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, o, en

su caso, y para no ver posteriormente revocada su resolución, a abstenerse sistemáticamente de imponerlas, sustituyéndolas por otras de distinta naturaleza, en concreto, por la de reprensión en el supuesto de las faltas leves y por las de pérdida de destino o baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación en el de las graves, y ello incluso en aquellos supuestos en que haya de producirse la sanción de hechos en los que hubieren participado tanto miembros de las Fuerzas Armadas como de la Guardia Civil cuando estos últimos lleven a cabo misiones de naturaleza militar o se hallen integrados en unidades de tal carácter–, no resistiría, previsiblemente, la revisión judicial de las resoluciones administrativas que, a su amparo, impongan sanciones privativas de libertad a miembros del Instituto Armado ni, desde luego, un eventual juicio de constitucionalidad por infracción de los artículos 5 y 6 del CEDH, cuyo contenido creemos que tiene rango constitucional en España por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución –SSTC 12/1981, de 10 de abril, 62/1982, de 15 de octubre y 36/1991, de 14 de febrero, entre otras–, en cuanto que ambos proclaman sendos derechos que están también consagrados por los artículos 17.1 y 24 de nuestra Norma Legal Primigenia, por lo que, debiendo llevarse a cabo la interpretación de estos preceptos constitucionales de acuerdo con aquellos artículos del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 –preceptos, estos últimos, de los que, en lo que a España concierne, forma parte la reserva española al CEDH de 1979 en sus propios términos, que creemos se ajustan, exclusivamente, al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas–, dicha interpretación de los artículos 17.1 y 24 de la Constitución habría de llevarse a cabo con arreglo a las meritadas normas convencionales tal y como han sido ratificadas por España y, por ende, tal y como forman parte de nuestro vigente ordenamiento.

En cualquier caso, y sin perjuicio de una deseable y profunda meditación –que bien pudiera concluir en la *derogación* del actual inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo–, sería deseable –en orden a evitar que, por consecuencia de la aplicación de una sanción privativa de libertad en cumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto legal, una eventual Sentencia del TEDH pudiera comportar un auténtico *desdoro* para España, al confrontar el Tribunal Europeo el hecho de una actuación del Estado español flagrantemente contradictoria con su Sentencia de 2 de noviembre de 2006 no obstante la naturaleza meramente declarativa de ésta¹²⁵– que, por los Mi-

¹²⁵ Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, en «Instituciones de Derecho Internacional Público», op. cit., pág. 955. «El Protocolo número 11 mantiene el modelo tradicional de sentencias declarativas que carecen de fuerza ejecutoria en los ordenamientos internos

nisterios concernidos –los del Interior y de Defensa, a cuya propuesta conjunta el Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007 aprobó el Proyecto de Ley Orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, si bien la tramitación del mismo tuvo lugar en las respectivas Comisiones de Interior del Congreso de los Diputados y del Senado–, se planteara al de Asuntos Exteriores y de Cooperación la oportunidad o conveniencia de notificar al Secretario General del Consejo de Europa el cambio legislativo operado mediante una declaración de nuestro país manteniendo, actualizando o adaptando aquella reserva de 1979 en cuanto a la aplicación de la Ley Orgánica 8/1998 a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en los supuestos –alguno, desde luego, como en el futuro habrá ocasión de comprobar, de carácter no tan excepcional cual, a primera vista, pudiera creerse– a que ahora se contrae el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, y ello por cuanto que pudiera darse el caso de que algún otro Estado Parte en el CEDH *objetase* lo que, de hecho, vendría a ser una auténtica *reserva de nuevo cuño* afectante a la integridad del CEDH, formulada con posterioridad al momento en que el Estado español manifestó su consentimiento en obligarse por el Convenio y adquirió la condición de Parte en éste –que, no se olvide, no prevé la posibilidad, excepcionalmente admitida en algunos tratados, de formalizar más adelante reservas por los Estados que ya sean Partes en él–¹²⁶.

En suma, dejando a un lado –por no ser objeto de estas líneas– las consecuencias –constitucionales y de otra índole– a que la eventual aplicabilidad de sanciones disciplinarias privativas de libertad a miembros de la Guardia Civil pudiera dar lugar en el ámbito interno, debiera el Estado español, de no dar marcha atrás deshaciendo este embrollo legal al que fatalmente se aboca a las autoridades disciplinarias militares, no persistir, al menos, en el retraso en la comunicación al TEDH de este cambio legislativo operado en 2007, comunicación obligada tanto razón del propio CEDH como por mor del principio de buena fe, pues, como indican las

de los Estados y que, por consiguiente, otorgan a éstos un amplio margen de discrecionalidad en la ejecución de las mismas»; vid. EISSEN, Marc-André: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1985, págs. 72, 101 y 102. Sobre la obligación jurídica de los Estados Partes en el CEDH de adoptar, tras una Sentencia del TEDH contraria a sus intereses que revele su necesidad, enmiendas a su legislación o de dictar leyes en determinado sentido, afirma el autor que numerosas SSTEDH «han provocado o acelerado, según los casos, una reforma legislativa». En España la reforma legislativa posterior a la STEDH de 2 de noviembre de 2006 vuelve a incurrir en la vulneración del CEDH que esta puso de relieve en relación a la Ley Orgánica 11/1991 que dicha reforma deroga.

¹²⁶ Vid. REMIRO BROTONS, Antonio: «Derecho Internacional Público. T. 2. Derecho de los Tratados», op. cit., págs. 209 y 210.

SSTEDH de 29 de abril de 1988 y 22 de mayo de 1990¹²⁷, existe obligación de actualizar las reservas cualquiera que sea la denominación utilizada y es lo cierto que la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007 ha venido a ampliar notablemente –o, en el más benévolo de los casos, a *actualizar* o *adaptar*– el ámbito aplicativo de la Ley Orgánica 8/1998, que, en las situaciones a que dicha Disposición adicional se contrae, vendría a ser ahora el mismo que el de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre.

En definitiva, la comunicación de esta tan *singular* actualización o adaptación habría de permitir al Secretario General del Consejo de Europa, en tanto que depositario del Convenio, poner en cuestión la validez de la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del CEDH en relación con el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la redacción conferida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, y, eventualmente, al TEDH verificar –en el momento oportuno– si la modificación introducida por la Ley Orgánica 12/2007 en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, y, por ende, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 8/1998, que es, hoy por hoy, la Ley objeto de reserva, se ajusta al Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en razón de no introducir un régimen jurídico diferente al anterior y, por tanto, no esencial¹²⁸, pues, siguiendo el voto particular concurrente a la STS de 6 de febrero de 2008, pudiera darse el caso de que esta nueva disposición legal ahora contenida en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, modificadora, en nuestra opinión, del régimen jurídico objeto de la reserva española de 1979 tal como el mismo viene delimitado por la STEDH de 2 de noviembre de 2006 y por la declaración unilateral española de 23 de mayo de 2007, «*fuese más allá de los términos de la reserva en su día realizada, resultando así incompatible con el Convenio*»¹²⁹. Desde luego, no sería de extrañar que el TEDH entendiera que esta norma legal va más allá de lo que, según la STS de 13 de noviembre de 2008, siempre

¹²⁷ Vid. SSTEDH de 29 de abril de 1988 y 22 de mayo de 1990 –asuntos Belilos contra Suiza y Weber contra Suiza, respectivamente–.

¹²⁸ Como dice la STEDH de 29 de abril de 1988 –asunto Belilos contra Suiza– «el silencio del depositario y de los Estados contratantes no priva a los órganos del Convenio de su poder de apreciación» –p. 47–, facultad que incluye la necesidad de indagar cual sea «la intención del autor» de la reserva –p. 48–, destacando la competencia del TEDH «para apreciar a la vista del artículo 64 (art. 64) la validez de una reserva» –p.50–.

¹²⁹ En definitiva, el TEDH habría de examinar la compatibilidad del precepto legal de mérito con la reserva española de 1979, es decir, como dicen las SSTEDH de 23 de octubre de 1995 –asuntos Umlauf contra Austria y Gradinger contra Austria– en sus respectivos p. 34 y p. 39, «si les dispositions appliquées en l'espèce tombent sous le coup de ladite réserve».

ha sido la voluntad del Estado español, es decir, «mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones» que ha hecho de la misma, incluida la de 2007; como dice la STS de 19 de enero de 2009, la materia a que la reserva española de 1979 se contrae es «el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad», por lo que la modificación legal introducida por la Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo –y, por ende, en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre–, excede, con mucho, de los límites aplicativos a que dicha reserva se constriñe.