

**FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOCTRINA DEL
MARGEN DE APRECIACIÓN DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Marcos Antonio Andrade Moreno

TESI DOCTORAL UPF / 2017

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Josep Joan Moreso Mateos

Departamento de Derecho



Para Nicolás

*He who binds to himself a joy
Does the winged life destroy;
But he who kisses the joy as it flies
Lives in eternity's sunrise*
W. Blake

Agradecimientos.¹

Esta tesis es fruto de reflexiones sobre el derecho, la filosofía moral y la filosofía política que comenzaron hace más de 10 años en los seminarios del Departamento de Ciencias del Derecho de la Universidad de Chile. Allí, un puñado de profesores, con pocos recursos y casi de forma artesanal, realizaron una serie de seminarios para estudiantes y ayudantes del Departamento, quienes teníamos en común ciertas inquietudes intelectuales sobre el derecho, enormes ganas de aprender y la firme convicción de querer contribuir en la reconstrucción de la vida académica chilena, la que había quedado muy deteriorada con la dictadura.

A pesar de nuestras diferencias, y de la intensidad y vehemencia con que se llevaban a cabo las discusiones, la primera y más duradera lección que allí aprendí fue a separar a las personas de sus argumentos. Este es el primer paso para lograr el rigor intelectual necesario que demanda un genuino compromiso con la búsqueda de la verdad.

Durante mis estudios doctorales aprendí otra lección, contraria a la anterior, a saber, vincular los argumentos con las personas. Ahora sé que ambas lecciones son necesarias si se busca ser miembro de una verdadera república de las letras.

Por ello, mis agradecimientos, en primer lugar, para todos los miembros del Área de Filosofía del Derecho de la UPF. Aceptarme como parte de esta comunidad académica ha sido un honor, ya que se trata de un grupo con excepcionales académicos, cuyas carreras son un ejemplo para todos aquellos que estamos interesados en el progreso de nuestra disciplina.

En segundo lugar, agradezco a mi director de tesis, José Juan Moreso, por su rigor intelectual, por su calidez personal y por confiar en mí y apoyarme desde el principio. Esta tesis nunca hubiera visto la luz sin su aliento y guía.

Asimismo, mis agradecimientos también para todos aquellos que colaboraron directamente en el desarrollo de las ideas que aquí presento, especialmente a Sandra Fuentes, Marisa Iglesias, José Luis Martí y Chiara Valentini. Mención aparte merecen Samantha Besson y su equipo del Institut de Droit Européen de la Université de Fribourg: Alexandre Biedermann, Stephanie Colella, Aurélie Galetto, Gaelle Mieli y Denise Wohlwend; quienes fueron muy amables durante mi estancia de investigación y contribuyeron muchísimo a mejorar mi tesis. También, agradezco a

¹ Mis estudios doctorales fueron financiados en parte por el programa Becas de Doctorado en el Extranjero Becas Chile y por el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i del MINECO, España.

Henry Hardy y George Letsas, quienes fueron muy amables en responder algunas preguntas y enviarme información.

Agradezco también a mis compañeros y compañeras del programa de doctorado: Sebastián Agüero, Claudia Alvarado, Cristina Astier, Alberto Carrio, Ander Errasti, Rubèn Guilanyà, Darian Heim, Indira Latorre, Carla Maenza, Eze Paez, Lorena Ramírez, Felipe Rey, Jorge Roa, Mariona Rosell, Laura Roth, Omar Vásquez y Gustavo Zavala. Innumerables cafés y conversaciones han formado un lazo que nos unirá por siempre.

Además, agradezco a mis colegas chilenos, quienes también colaboraron directamente en discutir algunas de las ideas de esta tesis: Cristóbal Astorga, Sebastián Figueroa, Osvaldo de la Fuente, Miguel Orellana Benado, Diego Pardo, Esteban Pereira, Alberto Pino y Ernesto Riffo.

Del mismo modo, a las amigas y amigos que conocí en Barcelona y con quienes compartí durante todos estos años: Sara Buoro, Olga Carrillo, Paolo de Lucia, Patricio Lagos, Bárbara Toledo y Hugo Vásquez. También, a toda la comunidad educativa de la Escola dels Encants, donde mis hijos aprendieron a aprender con respeto y libertad.

He querido dejar para el final los agradecimientos más importantes. A mis padres, cuyo apoyo ha sido inconmensurable.

Pero, sobre todo, agradezco a mi familia: Sandra, Guillermo y Nicolás, quienes son las tres personas más importantes en mi vida. Gracias a ustedes he llegado hasta aquí.

Abstract.

The purpose of this research is to elucidate the philosophical foundations of the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights. For this, two basic problems are distinguished: the conceptual problem and the justifiable problem. The answer to the first problem, is to construct a concept starting from its context of application, which is delimited by three criteria: the absence of consensus and common values, the identification of the fundamental rights for a democratic and pluralist society and the identification of formal, structural and textual elements that affect the magnitude of the Margin of Appreciation. Conceptually these three criteria are delimited and the importance of the latter is shown, particularly the distinction between absolute and non-absolute rights and the difference between limitations and exceptions. The answer to the second problem seeks to elucidate a justification of this doctrine, articulating the above three criteria from the value pluralism, which allows to counter the accusation of relativism that weighs on this doctrine, based on the idea of the objectivity of the values that the value pluralism holds. The aim here is to show that the Margin of Appreciation doctrine would not be an obstacle to the construction of a common understanding of the rights and freedoms enshrined in the Convention, considering the limitations that Member States can make to them. In light of these limitations, the doctrine is conceived as an interpretative principle of the rights of the Convention containing a limitation clause, aimed at achieving some flexibility in the process of implementation of these rights by the Member States, seeking to preserve their contextual differences, but, at the same time, the *ethos* of the Convention, expressed in the structural values of democracy and pluralism. The aim of the Court is therefore to guarantee a composable or practicable system of rights and freedoms in a diverse Europe.

Índice.

Dedicatoria

Agradecimientos

Abstract

Contenido

	Página
Una sinopsis de la doctrina del Margen de Apreciación.	1
1. ¿Una concepción compartida de los derechos humanos en Europa?	3
2. Variaciones contextuales.	15
3. Contextos y principios.	25
4. Los márgenes del Margen de Apreciación.	33
5. Los problemas de la DMA.	45
Parte I. La práctica bien delimitada.	55
1. Un intento de elucidación.	57
2. ¿En qué consiste la DMA en cuanto práctica jurídica?	71
3. Criterios para la aplicación del Margen de Apreciación.	85
4. ¿A qué derechos o libertades del Convenio se aplica la DMA?	101
5. Derechos absolutos como derechos no-derogables.	113
6. Lo que se da con una mano se quita con la otra.	129
7. Reservas, excepciones, derogaciones y limitaciones a derechos.	145
8. Una resplandeciente oscuridad.	161
Parte II. Una justificación para el Margen de Apreciación.	181
1. Los problemas justificatorios.	183
2. Pluralismo y monismo.	197
3. Pluralismo y relativismo.	217
4. Flexibilidad y <i>ethos</i> .	237
5. El zorro estaba equivocado en muchas cosas.	251
6. Relativa universalidad.	261
7. La propuesta interpretativista de Letsas.	279
Concluding Remarks.	293
Bibliografía.	303

Una sinopsis de la doctrina del Margen de Apreciación.

“Clarifying the idea of the margin of appreciation
would clear the way to the development
of a theoretical vision of the Court's function”
R. St. J. Macdonald.²

“C’est donc entre les lignes,
dans les blancs ou dans les marges,
que se lit l’avenir du droit, déclin ou renouveau”
Mireille Delmas-Marty.³

² MACDONALD, 1993: 85.

³ DELMAS-MARTY, 1994: 117.

1. ¿Una concepción compartida de los derechos humanos en Europa?

¿Hay una concepción compartida de los derechos humanos en Europa? La respuesta obvia a esta pregunta es que sí la hay: existe un catálogo común de derechos fundamentales consagrados, con mecanismos para su protección, en todas las constituciones europeas, derechos que son refrendados, a su vez, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio”) y garantizados mediante una robusta institucionalidad a nivel europeo. Sin embargo, hay razones que nos llevan a pensar que no existe dicha concepción compartida.

Tomemos un ejemplo: la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, consagrada en el artículo 9 del Convenio y en todas las constituciones europeas.⁴ A la luz de ella, podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Tienen derecho las profesoras y profesores europeos, que practican una religión determinada, a impartir clases en escuelas públicas vestidos de la manera que exige su religión?⁵

Según el *Manual sobre símbolos religiosos en espacios públicos* del Consejo de Europa, se entiende que:

[E]n virtud de que ellos [los profesores] eligieron trabajar en un ambiente educativo, un rango de limitaciones puede ser impuesto legítimamente a los profesores cuando están

⁴ Por ejemplo, la Constitución de Turquía (1982) señala en su Artículo 24: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de religión y convicción”; la Constitución Española (1978) en su Artículo 16 señala: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) señala en su Artículo 4: “[Libertad de creencia, de conciencia y de confesión] (1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables. (2) Se garantiza el libre ejercicio del culto”; la Constitución Italiana (1947) señala en su Artículo 19: “Todos tienen derecho a profesar su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o colectivamente, y practicar su respectivo culto, en privado y en público, siempre que los ritos no sean contrarios a las buenas costumbres”; y la Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano de Francia (1789) señala en su Artículo 10: “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”.

⁵ Se ha seleccionado el ejemplo de la libertad religiosa, no solo por la relevancia de ella en la Europa contemporánea, sino porque ella es útil para aticular la relación que existe entre un tipo especial de derechos, los derogables, limitables o restringibles, con la discusión en torno al pluralismo valorativo: “El problema del pluralismo social impregna el sistema jurídico. Algunos de los desacuerdos relevantes son de carácter explícitamente religioso. Otros pueden ser descritos como cuasi religiosos en el sentido de que implican los compromisos más profundos y más definitorios de las personas” (SUNSTEIN, 1995: 1734). Como veremos, el lenguaje en que se formulan este tipo de derechos y libertades en un instrumento de derechos (como en el Convenio, que lo hace a través de cláusulas de limitación), presupone lo que Sunstein denomina acuerdos incompletamente teorizados, que son claves para el buen funcionamiento de los sistemas legales, ya que son ellos los que permiten gestionar el pluralismo valorativo inherente a las sociedades modernas. Este es, en términos generales, el terreno donde esta investigación se desarrolla.

trabajando en la sala de clases, con el fin de asegurar que se mantenga un ambiente educacional apropiado a la escuela en cuestión y que los derechos humanos de los padres y los niños sean respetados (EVANS, 2008: 104).

Al respecto, dos casos relevantes han sido analizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal”). En el caso *Dahlab v. Switzerland*, declarado inadmisibile, la demandante, doña Lucia Dahlab, profesora de primaria en Ginebra, que comenzó a dar clases en el curso 1989-90, abandonó la religión católica por la musulmana en 1991 y desde entonces comenzó a utilizar un hiyab. Luego de su baja por maternidad, entre 1992-1994 (tuvo tres hijos con su marido, un ciudadano argelino), un inspector del distrito educativo informó a la dirección general de educación primaria del Cantón de Ginebra, que la señora Dahlab utilizaba regularmente un hiyab para dar clases pero que los padres no se habían quejado. En 1996, la dirección aludida le comunicó que dejara de utilizar el hiyab, ya que ello violaba la ley de educación pública, resolución a la que ella apeló. Finalmente, el Tribunal Federal confirmó la decisión del gobierno de Ginebra, mediante sentencia de 12 de noviembre de 1997, frente a lo cual la señora Dehlab demandó ante el Tribunal.

El Tribunal señaló que si bien, “es muy difícil evaluar el impacto que un símbolo externo de gran alcance, como el uso de un pañuelo en la cabeza, pueda tener sobre la libertad de conciencia y religión en los niños muy pequeños”, consideró que, dada la edad de los niños, entre 4 y 8 años, ellos eran muy influenciables, comparados con los estudiantes mayores, por lo que “en estas circunstancias, no puede ser negado rotundamente que el uso de un pañuelo en la cabeza podría tener algún tipo de efecto proselitista”, y dado que el hiyab “se impone a las mujeres por un precepto del Corán”, resulta “difícil de encuadrar con el principio de igualdad de género”. De esta manera, el Tribunal reconoce que:

Por tanto, parece difícil conciliar el uso de un velo islámico con el mensaje de la tolerancia, el respeto por los demás y, sobre todo, la igualdad y la no discriminación que todos los profesores en una sociedad democrática deben transmitir a sus alumnos. En consecuencia, ponderando el derecho de un profesor de manifestar su religión en contra de la necesidad de proteger a los alumnos mediante la preservación de la armonía religiosa, el Tribunal considera que, en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta, sobre todo, la tierna edad de los niños de los cuales la demandante era responsable como representante del Estado, las autoridades de Ginebra no excedieron su margen de apreciación y que la medida que se tomó, por tanto, no fue irrazonable.⁶

El otro caso relevante fue *Kurtulmuş v. Turkey*, donde doña Sevgi Kurtulmuş, profesora de la Universidad de Estambul, alegaba una violación del artículo 9 del Convenio por parte de las autoridades universitarias, debido a que fue sometida a una medida disciplinaria por el uso del

⁶ Caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

hiyab cuando impartía sus clases, a pesar de haber llevado esa prenda por largo tiempo en la universidad, como estudiante, durante la defensa de su tesis doctoral en 1992 y también durante su exitosa oposición para el cargo de profesor sénior en la misma. La medida disciplinaria fue impuesta en virtud de una ley que prohíbe en Turquía que los funcionarios públicos vistan con símbolos religiosos en el ejercicio de sus funciones.

Este caso también fue declarado inadmisibile por el Tribunal, en base a que “las normas sobre el vestido se aplican por igual a todos los servidores públicos, con independencia de sus funciones o creencias religiosas”, y que “las reglas requieren que su aspecto sea neutral con el fin de preservar el principio de laicidad y su corolario, el principio de un servicio público neutral”. Por ello, las leyes turcas exigen que “los funcionarios públicos se abstengan de llevar la cabeza cubierta en las instalaciones de trabajo”. Además, considera que la demandante asumió voluntariamente un empleo público y que las normas sobre vestimenta siguieron vigentes antes y durante su vinculación con la universidad, por lo que nada agrega o disminuye a las obligaciones de los funcionarios públicos, la lenidad de las autoridades al no exigirle desde un principio que no usara hiyab. Teniendo lo anterior en consideración, se señaló que:

El Tribunal también tiene en cuenta el margen de apreciación que tiene que ser dado a los Estados en la determinación de las obligaciones de los docentes en el sistema educativo del Estado, en función del nivel de estudios de que se trate (primaria, secundaria o superior) [...] En el presente caso, las reglas que reclama Sra. Kurtulmuş estaban justificadas por imperativos relacionados con el principio de neutralidad en el servicio público y, en particular, en el sistema educativo del Estado, así como al principio de la laicidad. A la luz de la decisión antes mencionada, y de la sentencia en el caso de *Leyla Sahin*, que se refería el código de vestimenta de los estudiantes en la universidad [...], el Tribunal declara que la elección de la medida y forma de tales regulaciones deben ser dejadas, hasta cierto punto, inevitablemente al Estado de que se trate.⁷

Hasta aquí, nada de excéntrico al sistema del Convenio. La particularidad de los artículos 8 al 11 del Convenio (que consagran, respectivamente: el derecho al respeto a la vida privada y familiar; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de expresión; y la libertad de reunión y de asociación), es justamente que ellos contemplan en su redacción cláusulas de restricción, limitación o *clawback clauses* a ellas.⁸ Estas cláusulas “establecen limitaciones

⁷ Caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

⁸ Aquí se preferirá la mención a este tipo de cláusulas como de ‘limitación’, no solo por cuestiones de simplificación, sino que por un asunto teórico que se explorará en detalle en la Parte I. A pesar de que este asunto se abordará allí, aquí se adelantará para efectos de comprensión, que el sistema del Convenio se reconocen cuatro tipos de restricciones: las generales (artículo 15 y 17-18 del Convenio, que establecen cualificaciones generales sobre los derechos: los casos de derogación en estado de excepción, la prohibición del abuso de derecho y la aplicación de restricciones solo para los fines previstos, respectivamente); las cláusulas de limitación (artículo 8-11 del Convenio, artículos 2 del Protocolo No. 4 y 1 del Protocolo 7);

estatales permisibles al ejercicio de un derecho humano sustantivo. Normalmente, estas limitaciones deben ser prescritas por la ley y deben ser necesarias (en una sociedad democrática) para alcanzar un objetivo legítimo, como la protección de la salud pública, la seguridad, el bienestar, la moral, el orden público o los derechos y libertades de otras personas” (CONDÉ, 2004: 228). En otras palabras, es un reconocimiento implícito de que no todos los derechos consagrados en el Convenio son absolutos.⁹

Dichas cláusulas de limitación, como las establecidas en los artículos 8-11, poseen una misma estructura: modulan el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en ellas, estableciendo, en su inciso primero, el derecho o libertad de que se trate y, en su inciso segundo, la cláusula de limitación, la que señala los casos en que el derecho se puede restringir o limitar de forma legítima.¹⁰ En la Tabla 1 se listan dichos casos.

las limitaciones por delimitación (las que “delimitan el alcance de la protección de ciertos derechos y explícitamente se excluyen áreas específicas o personas del foco de la protección, o se ‘delega’ a las autoridades del Estado la responsabilidad de regular el ejercicio de ciertos derechos”, por ejemplo, los artículos 2(2), 4(3) o 12) (VAN DIJK *et al.*, 2006: 333 y 342). También se ha desarrollado una doctrina de las limitaciones inherentes (“restricciones a ciertos derechos del Convenio que no se consideran equivalentes a interferencias, debido a que ellas están arraigadas en el ámbito de la garantía de esos derechos”. No tienen un alcance general, se aplican sobre derechos específicos, por ejemplo, artículo 6(1) respecto del acceso al Tribunal y el artículo 3 del Protocolo No. 1 respecto del derecho a votar y a presentarse a una elección), la que surgió desde la Comisión y que hoy cuenta con un respaldo minoritario, además, su aplicación queda excluida en el caso de los derechos que cuentan con cláusulas de limitación expresa, “sobre la base de que la posibilidad de restricciones legítimas sobre los derechos del Convenio están enumeradas de manera exhaustiva” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 343 y 345).

⁹ La distinción entre derechos absolutos y derechos no-absolutos (derogables, limitables o restringibles), tiene un papel central en la manera de conceptualizar el Margen de Apreciación, ya que es uno de los elementos formales o estructurales que se deben tener en cuenta a la hora de determinar su aplicabilidad. Volveremos sobre esta idea en la Parte I.

¹⁰ Sobre las cláusulas de limitación, hay tres problemas distintos que se deben distinguir. El primero, se refiere a la forma que pueden adoptar dichas cláusulas: cláusulas de limitación específicas, cláusulas de limitación generales y cláusulas híbridas (BARAK, 2012: 141). El segundo, se refiere al tipo de técnica de limitación que se puede adoptar, a saber, calificaciones o delimitaciones internas del derecho, que en el Convenio se llaman limitaciones por delimitación (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342), y limitaciones propiamente tales (BARAK, 2012: 33). El tercero, se refiere a los modelos teóricos para comprender la operación que realiza el Tribunal en la limitación de derechos: el modelo de dos etapas y el modelo de una etapa (BARAK, 2009: 21; VAN DER SCHYFF, 2005: 11-12). Una de las cuestiones relevantes es determinar si existen relaciones entre estos tres problemas, esto es, que la respuesta a una de ellas afecte a las demás, o si, por el contrario, se trata de cuestiones independientes. Volveremos sobre estas cuestiones en la Parte I.

Tabla 1: Casos en que se puede limitar un derecho

	ARTÍCULO 8	ARTÍCULO 9	ARTÍCULO 10	ARTÍCULO 11
SEGURIDAD NACIONAL	✓	X	✓	✓
SEGURIDAD PÚBLICA	✓	✓	✓	✓
BIENESTAR ECONÓMICO DEL PAÍS	✓	X	X	X
DEFENSA O PROTECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y PREVENCIÓN DEL DELITO*	✓	✓	✓	✓
PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SALUD PÚBLICA**	✓	✓	✓	✓
PROTECCIÓN DE LA MORAL Y MORAL PÚBLICA**	✓	✓	✓	✓
INTEGRIDAD TERRITORIAL	X	X	✓	X
PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA	X	X	✓	X
IMPEDIR LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIONES CONFIDENCIALES	X	X	✓	X
GARANTIZAR LA AUTORIDAD Y LA IMPARCIALIDAD DEL PODER JUDICIAL	X	X	✓	X
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES DE LOS DEMÁS	✓	✓	✓	✓

* En la versión francesa, el Art. 8(2) dice "à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales" y el 10(2) dice "à la défense de l'ordre et à la prévention du crime". En la versión inglesa, el Art. 8(2) dice "for the prevention of disorder or crime" y el Art. 10(2) dice "for the prevention of disorder or crime". La traducción española sigue literalmente a la francesa. El uso 'prevención del delito', aunque no es técnico, está más difundido en castellano. Además, he preferido equiparar 'defensa' con 'protección' y 'orden' con 'orden público' por motivos expositivos y porque estas diferencias de formulación no han tenido impacto en la jurisprudencia del Tribunal.

** En la versión francesa, el Art. 8 (2), 10(2) y 11(2) utilizan "à la protection de la santé ou de la morale" y el Art. 9(2) dice "à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques". En la versión inglesa, el Art. 8 (2), 10(2) y 11(2) utilizan "for the protection of health or morals" y el Art. 9(2) dice "for the protection of public order, health or morals". He preferido equiparar 'moral' con moral pública y 'salud' con 'salud pública' por motivos expositivos y porque estas diferencias de formulación no han tenido impacto en la jurisprudencia del Tribunal. Por otra parte, el uso disyuntivo de 'o' hace que se deban desagregar los conceptos enumerados en el Art. 9(2).

Como puede apreciarse en la Tabla 1, las únicas medidas comunes a los artículos 8-11 son: seguridad pública; defensa o protección del orden público y prevención del delito; protección de la salud y la salud pública; protección de la moral y moral pública; y protección de los derechos y las libertades de los demás.

De cualquier manera, frente a una interferencia a tales derechos o libertades, el Tribunal debe evaluar su convencionalidad, es decir, si ellas cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio, esto es, si están amparadas en algunos de los casos atendidos. Por ello, "cuando el Tribunal identifica una interferencia con un derecho establecido en tales disposiciones, una mayor examinación se requiere para determinar si tal interferencia puede ser justificada sobre la base de tres estándares" (VAN DIJK *et al.*, 2006: 334).

Esta evaluación se la denomina también test de tres pasos y constituye una forma de razonamiento que el Tribunal utiliza para adjudicar estos asuntos.¹¹ Los presupuestos, las bases conceptuales, de este test consisten en lo siguiente:

- (i) Los Estados toman determinadas *medidas*, por ejemplo, dictan una ley o un decreto, o sus oficiales realizan determinados procedimientos, en base a su legislación interna, las que pueden afectar a uno o varios derechos o libertades consagrados en el Convenio, en cuyo caso estas medidas se consideran medidas de interferencia o interferencias *prima facie*;
- (ii) Dichas medidas son adoptadas por los Estados con determinados *fines legítimos*, descritos en el Convenio (explícitamente, en el inciso segundo de los artículos 8-11), y cuya invocación, en principio, otorga legitimidad a las limitaciones a los derechos y libertades afectados que implican tales medidas, lo que constituye la base para articular la defensa del Estado ante el control que realice el Tribunal;¹²
- (iii) Frente al cuestionamiento de dichas medidas estatales realizada a través de una aplicación ante el Tribunal, y obviamente agotados todos los recursos internos del Estado de que se trate, le corresponde al Tribunal evaluar, calificar jurídicamente, si dichas medidas adoptada por el Estado consisten o no en una *interferencia legítima* al derecho o libertad de que se trate, su *necesidad en una sociedad democrática*, para lo cual debe primero determinar el *alcance* del derecho antes de juzgar esta cuestión;
- (iv) Finalmente, realizada que sea dicha calificación, el Tribunal establece con esto la *extensión de la protección* del derecho o libertad de que se trate, ya sea declarando que dicha interferencia es legítima o justificada y, por tanto, no hay violación del derecho y libertad de que se trate, es decir, que la extensión de la protección del derecho no cubre aquel aspecto que fue interferido, constituyendo, entonces, una limitación a esa protección; o bien, que dicha interferencia es ilegítima o injustificada y, por tanto, declara la violación de las obligaciones del Convenio, por lo tanto, el

¹¹ Como veremos más adelante, este test fue delineado por el Tribunal en el caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, el que, junto con el caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, son al mismo tiempo centrales para el desarrollo de la DMA.

¹² Este asunto es patente cuando el Tribunal analiza la admisibilidad de la aplicación, donde, como veremos, también cabe la aplicación del Margen de Apresiasi. En el caso *Dahlab* el Tribunal señaló: “Corresponde al Tribunal determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas en principio, es decir, si las razones aducidas para justificarlas parecen ‘pertinentes y suficientes’ y son proporcionadas al objetivo legítimo perseguido”. Caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

Tribunal establece que la extensión de la protección del derecho cubre aquel aspecto que fue interferido. Es en este último paso dónde el Tribunal tiene ocasión de aplicar la Doctrina del Margen de Apreciación.¹³

En otras palabras, en el caso de los artículos 8-11, el Convenio ha adoptado, y el Tribunal así lo ha establecido, un modelo de dos etapas para limitar derechos.¹⁴ Dicho modelo también se ha aplicado fuera de dichos artículos, en el caso de derechos que no cuentan con cláusulas específicas de limitación.¹⁵ Por otra parte, el Tribunal ha reservado el modelo de una etapa para el caso de precisar el contenido del alcance de derechos, alguno de ellos considerados absolutos, cuyas disposiciones excluyen determinados elementos del alcance de su protección.¹⁶

Para implementar dicho modelo de dos etapas, el Tribunal ha establecido un test de tres pasos o estándares de evaluación, el cual recoge los presupuestos o bases conceptuales antedichas. Este test de tres pasos busca determinar si las interferencias con los derechos y libertades son o no legítimas o están justificadas; siendo exigido por el Tribunal, para declarar que ellas lo son: que dichas interferencias deben estar prescritas por la Ley, lo que significa “no solo conformidad literal con el derecho nacional. Lo que importa aquí es ‘la calidad de la ley’” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 336);¹⁷ que deben perseguir un fin legítimo, los que se encuentran consagrados en los

¹³ En adelante, simplemente “Margen de Apreciación” o “DMA”.

¹⁴ Como veremos, el modelo de dos pasos presupone la distinción entre el alcance del derecho y el límite de la protección. Barak prefiere denominar a esta distinción, como alcance del derecho y extensión de la protección (BARAK, 2012: 19). En el caso del Convenio, habría cabida tanto para el modelo de dos pasos (tanto si las disposiciones incluyen o no cláusulas específicas de limitación o si se entiende que ellas son implícitas al derecho o libertad en cuestión), como para el de un paso, el que se denomina en la jerga del Convenio delimitación. Por ello, se ha señalado que “el Convenio puede ser tipificado como exhibiendo un carácter dual o híbrido, debido al hecho de que tanto el modelo de dos etapas como el modelo de una etapa, encuentran aplicación bajo él” (VAN DER SCHYFF, 2005: 14-15).

¹⁵ Este es el caso del derecho a la educación, consagrado en el art. 2 del Protocolo No. 1. En la jerga del Convenio este tipo de limitaciones se denominan implícitas. Como veremos, el Tribunal tuvo ocasión de analizar esta cuestión en el caso *Belgian Linguistic*.

¹⁶ Como veremos, el Tribunal tuvo ocasión de analizar el asunto respecto del art. 3, en el caso *Soering v. the United Kingdom* (véase VAN DER SCHYFF, 2005: 18-19). Volveremos sobre esto más adelante.

¹⁷ Esto quiere decir, primero, “que la disposición jurídica que provee una medida de interferencia debe ser accesible para los ciudadanos”; segundo “que la disposición jurídica debe ser formulada de manera tal que permita al ciudadano prever con precisión el alcance y significado exacto de la disposición, a fin de permitirles regular su conducta” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 336-337), tal y como lo señaló el Tribunal en el caso *Sunday Times*: “Primero, el ciudadano debe poder tener una indicación de que son adecuadas en las circunstancias de las normas jurídicas aplicables a un caso determinado. Segundo, una norma no puede considerarse una ‘ley’ a menos que se formule con suficiente precisión para que el ciudadano pueda regular su conducta: debe poder —si es necesario con un asesoramiento adecuado— prever, en un grado razonable, las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede acarrear. Esas consecuencias no deben ser previsibles con certeza absoluta”, caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, §49; tercero, “la noción de ‘calidad de la ley’ requiere, como corolario del test de previsibilidad, que las salvaguardas adecuadas contra los abusos deben ser proveídas

incisos segundos de los artículos aludidos; y que la medida de interferencia debe ser considerada como necesaria en una sociedad democrática. El Margen de Apreciación juega un rol central en este último paso del test, aunque no es el único elemento que considera el Tribunal.

De hecho, veremos que esta es una de las cuestiones que dificultan la adecuada conceptualización del Margen de Apreciación, ya que en este paso el Tribunal aplica el Margen de Apreciación junto a otros principios de interpretación, que incluyen: “el principio de proporcionalidad, la interpretación evolutiva, la interpretación autónoma, la doctrina de la alternativa menos restrictiva y la doctrina del efecto paralizante” (VAN DIJK *et al.*: 2006: 340),¹⁸ los que se deben ayudar a establecer “si la ‘interferencia denunciada corresponde a una ‘necesidad social imperiosa’, si es ‘proporcional al objetivo legítimo perseguido’, si las razones presentadas por las autoridades nacionales para justificarlas son ‘relevantes y suficientes’”.¹⁹ Asimismo, al Tribunal le cabe aplicar también el principio del equilibrio justo, para determinar “si las medidas impugnadas alcanzan un equilibrio justo entre los intereses pertinentes, a saber, los derechos del individuo protegidos por el Convenio, por un lado, y los intereses de la comunidad, por el otro”.²⁰

Finalmente, el Tribunal ha señalado que dichos pasos se aplican secuencialmente, salvo casos excepcionálísimos.²¹

Volviendo ahora a los casos *Dahlab v. Switzerland* y *Kurtulmuş v. Turkey*, la cuestión de fondo en ambos casos, entonces, no fue tanto si dichas medidas que adoptaron los Estados de Suiza y

de manera que claramente demarquen el alcance de la discrecionalidad de las autoridades y defina las circunstancias en las que debe ejercerse” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 337).

¹⁸ En el mismo sentido, MATSCHER, 1993: 68 y ss.

¹⁹ Caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, §62.

²⁰ Caso *Slivenko v. Latvia*, aplicación No. 48321/99, sentencia de 9 de octubre de 2003, §113. Para un análisis de este principio, véase CHRISTOFFERSEN, 2009 y MOWBRAY, 2010.

²¹ Esta correspondería a una aplicación vertical del principio de proporcionalidad, véase VAN DIJK *et al.* 2006: 335, y sería la manera tradicional de concebir dicho principio en la forma de un test. Sobre la distinción entre la concepción vertical y horizontal de la proporcionalidad, véase CHRISTOFFERSEN, 2009: 71. Sin embargo, hay quienes defiende que, en realidad, lo que hace el Tribunal aquí es aplicar un test de equilibrio justo [*fair balance*], de los intereses en juego a la hora de que el Tribunal valore la justificación de una interferencia con un derecho o libertad realizada por parte de una Estado miembro, que sería la base para la aplicación del principio de proporcionalidad, que se expresa en la fase de necesidad de la medida del denominado tres de test pasos, que el Tribunal estableció para evaluar las limitaciones explícitas a derechos y libertades del Convenio (arts. 8-11). En este sentido, se habla más bien de una aplicación horizontal de la proporcionalidad, véase CHRISTOFFERSEN, 2009: 75-76. Así, se ha dicho que: “La percepción tradicional en tres niveles del principio de proporcionalidad es inadecuada, la estructura horizontal de equilibrio justo no se centra en el principio de adecuación, no implica un principio de necesidad estricta y no comprende una doctrina absoluta de la esencia misma de los derechos. El test horizontal del equilibrio justo pone de relieve las diversas consideraciones de una manera no jerárquica” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 192).

Turquía estaban o no prescritas por la Ley, en ambos casos sí lo estaban mediante regulaciones calificadas, ya que en sus respectivas legislaciones contemplaban códigos de vestimentas para los funcionarios públicos, incluidos los profesores, en consonancia con sus respectivas constituciones y ampliamente conocidas por la población; o si perseguían fines legítimos, ya que en ambos casos los gobiernos alegaron que dichas medidas estaban subsumidas en uno o varios de los fines del inciso segundo del artículo 9 del Convenio.

Más bien, el fondo del asunto fue determinar si dichas interferencias se podían considerar como necesarias en una sociedad democrática. Dicho test supone que las interferencias con los derechos protegidos por el Convenio, solo pueden ser aceptadas “si hay una relación proporcional entre la interferencia y sus objetivos legítimos”. Los estándares que el Tribunal ha establecido para realizar este test, han sido la existencia de una “apremiante necesidad social” y de “razones relevantes y suficientes” (GERARDS, 2013: 467).²² En cualquier caso, los Estados miembros gozan un amplio Margen de Apreciación a la hora de determinar la existencia de ambas.²³

Por ello, en lo que interesa a esta investigación, uno de los puntos más relevantes que estos casos ponen de manifiesto, es lo que remarca el Tribunal hacia el final de su decisión del caso *Kurtulmuş v. Turkey*: “Las diferencias en las normas aplicadas por los Estados pueden, por lo tanto, ser consideradas como incluidas en el alcance del margen de apreciación”.²⁴ En otras palabras, el Tribunal está reconociendo que existe un Margen de Apreciación que cubre las variaciones existentes en la manera en que los Estados miembros realizan las limitaciones a los derechos humanos, incluyendo la forma en que enfrentan los conflictos entre derechos garantizados en el Convenio. Este reconocimiento sería una cuestión independiente, distinta de si cabe o no el control por parte de Tribunal.

En consecuencia, los dos casos del Tribunal muestran que la respuesta a la pregunta inicial, de si hay una concepción compartida de los derechos humanos en Europa, no es obvia, ya que el propio Tribunal señala que las limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,

²² Como señala un autor: “El Tribunal ha consistentemente establecido que el adjetivo ‘necesario’ no es sinónimo de ‘indispensable’; tampoco tiene la flexibilidad de expresiones tales como ‘admisible’, ‘ordinario’, ‘útil’, ‘razonable’ o ‘deseable’, pero ha sugerido que la interferencia debe corresponder, *inter alia*, a una ‘presión social’ y ser ‘proporcional al fin legítimo perseguido” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 340).

²³ Como señala un caso reciente: “Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una ‘necesidad social imperiosa’ para imponer una limitación dada en el interés general. Mientras que el Convenio deja a las mencionadas autoridades un margen de apreciación a este respecto, su evaluación está sujeta a la supervisión del Tribunal, con respecto tanto a la ley y a las resoluciones que la aplican, incluidas las decisiones dictadas por los tribunales independientes”. Caso *Gorzelik and Others v. Poland*, aplicación No. 44158/98, sentencia de 17 de febrero de 2004, §96.

²⁴ Caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

garantizadas en el artículo 9 del Convenio, dependerán de los Estados de que se trate, quedando cubierta dicha variación, respecto de las limitaciones de derechos que aplican los Estados miembros, por el Margen de Apreciación que el sistema del Convenio reconoce a los Estados. ¿En qué sentido estas diferencias en la comprensión de las limitaciones a los derechos podrían socavar una concepción compartida de los derechos humanos en Europa?

En dos sentidos. En el primero, lo que el Tribunal quiere decir es que, si bien todos los Estados miembros del Convenio contemplan en su legislación interna la protección de ese derecho (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), no todos entienden el alcance de esa protección de la misma manera, dada la variación que existen entre los Estados respecto de las limitaciones aplicables. Un ejemplo de esto serían las limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión basadas en el orden o seguridad pública, elementos que menciona el Tribunal en el ejemplo.

En el segundo sentido, lo que el Tribunal quiere decir es que, si bien todos los Estados miembros del Convenio contemplan en su legislación interna la protección de ese derecho (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), las limitaciones a ese derecho pueden basarse en las tensiones que provoca con otro u otros derechos, donde los Estados miembros pueden diferir enormemente a la hora de enfrentar los conflictos eventuales o manifiestos entre derechos, según el contexto particular del Estado de que se trate. En nuestro ejemplo, sería el caso de las limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión basadas en la misma libertad, pero de otros titulares, o en el derecho a la educación de otros.

Ambos sentidos manifiestan la idea de conflicto, pero difieren en sobre qué versa aquél: en el primer sentido, el conflicto se circunscribe exclusivamente a la extensión de la protección de los derechos, ya que proviene de las limitaciones aplicables a ese derechos cuando éstas se sustentan en ciertos fines o intereses públicos o colectivos (como el orden o la seguridad pública, en nuestro ejemplo); en el segundo, el conflicto también versa sobre la extensión de la protección de un derecho, pero lo que se busca es acomodar dicha protección con la de otros derechos, esto es, las limitaciones aplicables a derechos cuando éstas se basan en el mismo derecho, pero de otros titulares (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de estudiantes y sus padres, en nuestro ejemplo), o en derechos de otros (derecho a la educación). En ambos sentidos, la cuestión consiste en gestionar el conflicto mediante determinados ajustes que se deben realizar a la extensión de la protección de esos derechos.²⁵

²⁵ Como se verá más adelante, reconocer o negar la posibilidad de conflictos entre derechos depende del concepto y fundamento que se sostenga sobre los derechos humanos.

A su vez, en ambos sentidos, el Margen de Apreciación, que el Tribunal reconoce a los Estados miembros, juega un papel decisivo, ya sea a la hora de calificar la pertinencia de las limitaciones a derechos basadas en tal o cual fin común o colectivo, o bien, a la hora de calificar la manera en que los Estados miembros tratan de acomodar o aplacar los conflictos entre derechos.

Por ello, la idea misma de reconocer un Margen de Apreciación a los Estados, impediría tener una concepción compartida de los derechos. En el primer sentido, se cuestionaría la plenitud de los derechos, no en el sentido del respeto, protección, garantía y satisfacción irrestricta de los derechos, sino en el sentido de tolerar la diversidad de limitaciones que los Estados miembros pueden establecer a los derechos. En el segundo, se amenazaría la coexistencia de los derechos, la idea de la completitud del catálogo de derechos, donde cada libertad y derecho se consideran necesarias para el desarrollo de una vida humana plena; ya que, frente al conflicto entre ellos, se toleraría nuevamente respuestas diferenciadas de los Estados a la hora de buscar su armonización. En ambos casos, ello redundaría en cuestionar el carácter universal de los derechos humanos.

Pero, en primer lugar, ¿existen realmente respuestas diferenciadas por parte de los Estados miembros frente a las limitaciones y a los conflictos de derechos?

2. Variaciones contextuales.

Se puede objetar lo antedicho, el reconocer que el Margen de Apreciación de los Estados impide tener una concepción compartida de los derechos, apelando a que justamente la labor del Tribunal sería establecer dicho estándar respecto de las limitaciones admisibles y a la manera de resolver los conflictos entre derechos; es decir, es el Tribunal el llamado a determinar la amplitud o extensión de ese Margen de Apreciación, lo que redundaría en la determinación de su contenido y la extensión de su protección. Pero esto supondría que, de alguna manera, todos los Estados deberían concebir los derechos de la misma manera, esto es, que contemplen las mismas limitaciones a los derechos y que resuelven de la misma forma los conflictos entre ellos. La labor del Tribunal sería cerciorarse de que esto fuera así.

Lo anterior parece ser cierto, ya que, en los casos aludidos, *Dahlab v. Switzerland* y *Kurtulmuş v. Turkey*, el Tribunal reconoce en ambos, y en otros similares, que su labor era, por una parte, evaluar la manera en que se conjugó la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión con el principio de armonía religiosa y neutralidad en la educación pública y, por otra, la ponderación de ese derecho de los profesores con el mismo derecho que tienen los alumnos y con el derecho a la educación. Así señala el Tribunal:

En este contexto, en los casos *Leyla Şahin* (§ 111) y *Dahlab v. Switzerland* aplicación No. 42393/98, el Tribunal consideró que, en una sociedad democrática, el Estado tiene derecho a imponer limitaciones al uso del velo islámico si ello es incompatible con el objetivo perseguido de protección de los derechos y libertades de los demás y el orden público. En particular, con referencia a las decisiones de las autoridades nacionales en *Dahlab*, se hizo hincapié en la importancia de garantizar la neutralidad de la enseñanza pública en las escuelas.²⁶

Lo que está en juego aquí es qué entiende el Tribunal por limitaciones, como categoría conceptual independiente, distinta de la cuestión sobre la relación entre ellas y los derechos que limita o restringe y a la metodología que el Tribunal utiliza para ello, que fue lo que se vio someramente en la sección anterior. Esta cuestión, relativa a conceptualización de las limitaciones, es crucial para comprender el propósito práctico que tiene la DMA. Por ello, será analizado con detalle en la Parte I, por lo que aquí solo presentaré un panorama general.

Como vimos, las limitaciones son de cuatro tipos: las generales, las cláusulas de limitación, las limitaciones por delimitación y las limitaciones inherentes o implícitas. En lo que importa a esta

²⁶ *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006. Sobre la ponderación de derechos en conflicto, véase lo señalado en la sección anterior sobre el Caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

investigación, se puede considerar que el uso paradigmático del Margen de Apreciación tiene cabida en las cláusulas de limitación expresas, los casos de los artículos 8-11 del Convenio y 2 del Protocolo No. 4 y 1 del Protocolo No. 7), donde, como vimos, el Tribunal reconoce un margen a los Estados miembros a la hora de apreciar si existe una necesidad social imperiosa o las razones relevantes y suficientes que justifiquen dichas limitaciones.²⁷

Los usos divergentes del Margen de Apreciación recaen en la aplicación de los demás tipos de limitaciones y en el caso de la suspensión de derechos en estado de excepción, donde el Tribunal debe realizar operaciones adicionales para la interpretación del alcance y protección de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, ya que se trata de contextos especiales.

Por ejemplo, el uso de las limitaciones inherentes ha sido “confinado a contextos específicos, en vez de manera general” (VAN DIJK *et al.*: 2006: 343), como en el caso de derechos que no incluyen una cláusula de restricción expresa, como los arts. 2, que establece el derecho a la educación, y 3 del Protocolo No. 1, el derecho a elecciones libres, pero interpretado por el Tribunal incluyendo el derecho a voto y a presentarse a elecciones; en los cuales ha cabido la aplicación de la DMA.²⁸ También ha sido el caso de derechos que si bien incluyen limitaciones explícitas, poseen además determinadas calificaciones en su redacción, como son los casos de los arts. 6(1), que establece el derecho a un proceso equitativo, pero interpretado por el Tribunal incluyendo el derecho a acceso a la justicia, y el 1 del Protocolo No. 1, que establece el derecho a propiedad con calificaciones y además una cláusula de limitación expresa, pero el Tribunal aún así ha considerado que caben las limitaciones implícitas.²⁹

²⁷ La aplicación de la DMA para el caso de los art. 8-11 que incluyen cláusulas expresas de limitación, constituyen a mi juicio el caso central de la práctica jurisprudencial que constituye el Margen de Apreciación, que es el que me interesa desarrollar aquí. Si bien para los demás tipos de limitaciones, y como veremos, también en el caso de la suspensión de derechos por estado de excepción, el Tribunal también ha aplicado la DMA, su uso no es semejante, ya que, si bien los presupuestos o las bases conceptuales del test que el Tribunal desarrolla lo son, el Tribunal debe realizar una serie de operaciones adicionales en la interpretación de los derechos y la otra clase de limitaciones que se les aplican, las que entorpecen la comprensión del Margen de Apreciación con la finalidad práctica que posee y que busco relevar aquí. Esto cobrará relevancia más adelante, ya que la justificación del Margen de Apreciación que ofrezco en la Parte II está acompañada con la explicación que ofrezco de ella en la Parte I.

²⁸ Un ejemplo del primero, es el famoso caso *Belgian Linguistic* (caso “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” *v. Belgium*, aplicaciones Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de Julio de 1968; y del segundo, los casos *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, aplicación No. 9267/81, sentencia de 2 de marzo de 1987, §52 y *Gitonas and Others v. Greece*, aplicaciones Nos. 18747/91, 19376/92, 19379/92, sentencia de 1 de julio de 1997, §39.

²⁹ Un ejemplo del primero, es el famoso caso *Golder v. United Kingdom*, aplicación No. 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975, §38; y del segundo, los casos *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, aplicaciones Nos. 7151/75 y 7152/75, sentencia de 23 septiembre de 1982, §68-69 y *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 21319/93, 21449/93 y 21675/93, sentencia de 23 de octubre de 1997, §78.

Por su parte, en los casos de las limitaciones por delimitación, han sido mayormente casos en los cuales los derechos “contienen una cláusula o frase que delimita el alcance de la protección de ciertos derechos y explícitamente excluyen áreas específicas o personas del alcance de su protección, o ‘delegan’ en las autoridades de los Estados la responsabilidad de regular el ejercicio de ciertos derechos” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342), como ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 2(2) que establece el derecho a la vida, donde se excluye los resultados de muerte que sean “como consencuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario”, donde el Tribunal ha interpretado esta referencia a necesario de manera más estricta que en los casos del art. 8-11.

Veremos más adelante que, en realidad, estos casos no son casos de limitación de derechos, sino de excepciones, las que son conceptualmente y operan de manera distinta. Además, en la mayoría de estos casos el Tribunal no hace referencia al Margen de Apreciación, ya que el aspecto central de muchos de estos derechos que contienen excepciones explícitas en su formulación, exhiben el carácter de absolutos; y cuando el Tribunal ha hecho referencia a la DMA, lo ha hecho en el caso de derechos que no exhiben dicho carácter y, generalmente, en el contexto de suspensión de derechos en caso de excepción del art. 15, que sería un caso de limitaciones generales a derechos (junto con la prohibición de abuso de derechos del art. 17 y la limitación de la aplicación de restricciones a derechos del art. 18).

Por otra parte, las limitaciones por delimitación, también se han aplicado en casos de “circunstancias donde una disposición expresamente establece que las autoridades nacionales deberían tomar ciertos pasos positivos, tales como medidas regulatorias, para regir el alcance de las garantías” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342). Este ha sido, por ejemplo, el caso del artículo 12 del Convenio, que establece el derecho a contraer matrimonio, donde “las autoridades nacionales están ‘asignadas’ para gobernar el alcance de la aplicación de ciertos derechos también en relación con los cuatro derechos garantizados bajo el Protocolo No. 7” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 343). Estos casos tampoco son relevantes para la práctica del Margen de Apreciación, ya que se trata aquí más bien de un reconocimiento de la competencia de los Estados para regular la aplicación de ciertos derechos, lo que, como veremos, puede ser explicado y justificado de mejor manera por el principio de subsidiariedad o el de primeridad.

Teniendo en consideración lo anterior, ahora veamos de qué manera la conceptualización de las limitaciones impacta en la conceptualización del Margen de Apreciación. Para mostrar esto, volvamos ahora a lo que el Tribunal pudiera querer decir a la hora de evaluar las limitaciones propiamente tales (art. 8-11).

Siguiendo con nuestro ejemplo del comienzo, los casos *Dahlab v. Switzerland* y *Kurtulmuş v. Turkey*, desplegarían, en principio, un conflicto entre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de distintos titulares: por una parte, los profesores, y por otras, los estudiantes y sus padres. Como la cláusula de limitación de 9(2) autoriza a limitar ese derecho, en este caso, cuando se trata de “la protección de los derechos o las libertades de los demás”, el Estado alegó que la medida de interferencia adoptada, un código de vestimenta, persigue ese fin, por lo que su interferencia constituiría una interferencia legítima, atendida dicha limitación explícita que contempla el Convenio. ¿Pero en base a qué elementos califica el Tribunal dicha medida de interferencia como legítima?

Aquí es donde cobra relevancia el contexto donde se despliega este conflicto. Como el conflicto ocurre en un contexto de educación pública, los Estados entienden, y son refrendados en esto por el Tribunal, que corresponde limitar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores, basados en principios como los de armonía religiosa, neutralidad estatal o secularismo, los que son relevantes en este contexto. Es decir, en base a esos principios, reduce la protección del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los profesores para preservar la de los estudiantes y sus padres.³⁰

No obstante, cabría una descripción del conflicto de otra forma: podría ser descrito como uno entre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores con el derecho a la educación de los padres y estudiantes. Esto, considerando lo que establece el artículo 2 del Protocolo Adicional, el que contempla el derecho a la educación: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. En este sentido, parece que el Convenio también se comprometería con los principios de neutralidad o armonía religiosa o secularismo, así que, para el Tribunal y para los Estados, acudir a ellos sería la manera más adecuada de garantizar dicho derecho a todos. Dicho principio sería, entonces, un límite implícito también para este derecho. Sería el concepto clave que permitiría configurar la contrapartida a las medidas necesarias que los Estados adopten y cuyos fines sean “la seguridad pública, la

³⁰ Por eso el Tribunal concluye el caso *Dahlab v. Switzerland*: “El Tribunal es de la opinión de que la medida impugnada puede considerarse justificada en principio y proporcionada al objetivo declarado de proteger los derechos y libertades de terceros, el orden público y la seguridad pública. En consecuencia, el Tribunal considera que la medida que prohíbe a la demandante usar un hiyab en la cabeza mientras enseña, fue ‘necesaria en una sociedad democrática’”, caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”, que corresponden al artículo 9(2).

Así que, en principio, el conflicto entre derechos podría ser descrito de ambas formas, restringiendo o limitando cualquier de los dos derechos, ya que el Tribunal ha reconocido dicha posibilidad para ambos derechos, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y derecho a la educación, a pesar de que solo el primero de esos derechos contempla una cláusula expresa de limitación.

En este sentido, al menos conceptualmente, cabrían descripciones alternativas del conflicto jurídico que el Tribunal buscaría adjudicar, ya que la relación de limitación podría haber sido otra. Las alternativas que tendría el Tribunal serían:

- (i) Limitar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (PCR) de los profesores para salvaguardar la libertad de PCR de los estudiantes y padres.
- (ii) Limitar la libertad de PCR de los estudiantes y padres para salvaguardar la libertad de PCR de los profesores.
- (iii) Limitar el derecho a la educación (DE) de estudiantes y padres para salvaguardar la libertad de PCR de los profesores.
- (iv) Limitar la libertad de PCR de los profesores para salvaguardar el DE de los estudiantes y padres.

Es obvio que las peticiones concretas ayudan a delinear el caso, es decir, conducen al Tribunal a preferir unas alternativas y preterir otras, según los derechos que se invoquen. Pero el Tribunal ciertamente contempla o reconoce en su razonamiento las demás alternativas. Por ejemplo, en el caso caso los casos *Dahlab v. Switzerland*, el Tribunal señaló en su calificación del caso que:

Al aplicar estos principios en el presente caso, el Tribunal observa que el Tribunal Federal de Suiza sostuvo que la medida por la cual se prohibía a la demandante, únicamente en el marco de sus actividades docentes, llevar el velo, estaba justificada por la posible interferencia con las creencias religiosas de sus alumnos, los demás alumnos de la escuela y los padres de los alumnos, y por la violación del principio de neutralidad denominacional en las escuelas.³¹

Es decir, en este caso, el Tribunal adopta la alternativa (i) *porque* debe tener en cuenta los principios de neutralidad y armonía religiosa, debido al contexto de que se trata, esto es, la escuela pública y la condición de funcionarios públicos de los profesores. En otras palabras, si bien el Tribunal adopta (i), lo hace también considerando conceptualmente (iv), a fin de tratar de relevar

³¹ Caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

el conflicto entre derechos que subyace a este caso. Esta cuestión queda más clara si se considera que el Tribunal se apoya en su decisión en lo decidido por el Tribunal Federal de Suiza,³² que en este caso había señalado que:

En este sentido, es apropiado comparar la libertad de conciencia y creencia de la demandante con el interés público de la neutralidad confesional en la escuela, es decir, confrontar el interés de la recurrente de respetar un mandato de su religión con el interés de los estudiantes y sus padres de no recibir otras influencias que no se encuentran en sus propias convicciones, y el interés de mantener la armonía religiosa en las escuelas. Por último, todavía es necesario tener en cuenta de la necesidad de la tolerancia, también componente del principio de neutralidad religiosa, entre miembros de diferentes creencias religiosas.³³

Es, por lo tanto, la conjugación de estos principios con los derechos en conflicto (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y derecho a la educación neutral), lo que le permite resolver la cuestión sobre la limitación. Porque nadie diría que, dentro del alcance del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, se encuentra o subyace el principio de armonía religiosa, o que dentro del alcance del derecho a la educación se encuentra o subyace el principio de neutralidad. Ambos principios son relevantes en estos casos porque existe un conflicto entre derechos que el Tribunal debe resolver, que surge en un contexto determinado y cuya solución se traduce en la determinación jurídica de si los Estados violaron su obligación de proteger o garantizar los derechos consagrados en el Convenio.

Tanto en *Dahlab v. Switzerland* como en *Kurtulmuş v. Turkey*, los demandantes alegaron violaciones al artículo 9 y el Tribunal consideró, en ambos casos, que las medidas de interferencia fueron tomadas de acuerdo a la Ley y que ambas perseguían los mismos fines legítimos.³⁴ Pero

³² Oficialmente *Bundesgericht / Tribunal fédéral/ Tribunale federale/ Tribunal federal*. Me referiré a él como Tribunal Federal de Suiza y usaré la abreviatura alemana *BGE*.

³³ *BGE* 123 | 296 “Kopftuchfall”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, p. 306. El Tribunal Federal (*Bundesgericht / Tribunal fédéral/ Tribunale federale*) de Suiza, luego define qué entiende por neutralidad: “El principio de neutralidad no es absoluto, lo que se demuestra en la existencia —admisible— de iglesias nacionales [cantonales] garantizadas por el derecho público [...] La neutralidad no pasa por excluir, en las actividades del Estado, cualquier elemento de orden religioso o metafísico; una actitud anti-religiosa, tal como el secularismo combativo o irreligioso, no es neutral. La neutralidad tiende a que todas las concepciones existentes en una sociedad plural sean tenidas en cuenta sin partidismos. El principio según el cual el Estado no debería beneficiar a las personas por motivos religiosos, es un resultado general directo de los artículos 49 y 50 de la Constitución [que contemplan, respectivamente, la primacía del derecho federal y el respeto a la autonomía municipal]” *BGE* 123 | 296 “Kopftuchfall”, pág. 308.

³⁴ En el caso *Dahlab*, el Tribunal señaló que “la medida perseguía fines legítimos a los efectos del artículo 9 § 2, a saber, la protección de los derechos y libertades de los demás, la seguridad pública y el orden público”, caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001. En el caso *Kurtulmuş*, que “el acto perseguía fines legítimos en el sentido del artículo 9 § 2, a saber, la protección de los derechos y libertades de los demás y la protección del orden público”, caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

no solo las peticiones concretas de las demandantes, es decir, cómo ellas consideraron que las medidas de interferencias de los Estados limitaron ilegítimamente sus derechos, determinaron el conflicto entre derechos de que se trata. Tampoco lo hizo exclusivamente la aplicación ordenada del test de tres pasos. Más bien, la elección que realiza el Tribunal de las alternativas de conflicto entre derechos y las posibilidades de limitación que surgen, fueron resultado del contexto en que dicho conflicto tuvo lugar y de los principios relevantes que emergieron de él.

Así, precisando lo dicho, el Tribunal aquí sostendría que un derecho (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores), en un contexto determinado (la educación pública), queda limitado por el mismo derecho que goza otro titular (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los estudiantes y sus padres) y/o por otro derecho (derecho a la educación de los estudiantes), en atención de ciertos principios (neutralidad y armonía religiosa). Esta sería la estructura básica que tendría la operación de limitación de derechos que realiza el Tribunal: derechos a acomodar, contexto y principios.³⁵

La relación de restricción o limitación sería, entonces, fruto de la confluencia de estos tres elementos, los que conformarían su estructura. Por ello, para comprender adecuadamente la clase de trabajo que realiza el Tribunal en estos casos, no basta simplemente con analizar cómo el Tribunal aplicó ordenadamente el test de tres pasos para resolver el caso, el que solo ayudaría a dirimir la necesidad de la medida de interferencia con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores; pero no alcanza a explicar la manera en que se debe resolver el conflicto entre dicha libertad con la de otros titulares (padres y estudiantes) o con otro derecho de los mismos titulares.

Por ello, lo más relevante en estos casos fue determinar de qué manera el Tribunal justifica si dichas medidas de interferencias fueron necesarias, para lo cual debe acudir a los principios que surgen del contexto de que se trata. Si los principios juegan un papel central a la hora de calificar como legítimas las medidas de interferencia y, por ende, las limitaciones legítimas a los derechos, la pregunta que surge es si dichos principios son o deben ser iguales para todos los Estados.

Esta podría ser una buena noticia para los entusiastas de la armonización de los estándares de interpretación de derechos humanos, ya que, dado que esta forma de comprensión de las limitaciones ha sido aplicada por el Tribunal en otros casos, es decir, éste la ha generalizado, solo

³⁵ La misma estructura se aplicaría en el caso de calificar la pertinencia de las limitaciones a derechos basadas en tal o cual fin común o interés colectivo, en cuyo caso la relación triádica que supone la limitación sería: derecho y fines o intereses públicos o colectivos a acomodar, contexto y principios. En lo sucesivo, cuandome refiera a derechos en conflicto se debe entender que incluye también este sentido.

cabría identificar un conjunto de principios comunes o subyacentes al Convenio, a fin de completar adecuadamente esta estructura que poseen las limitaciones. Como son las limitaciones las que impactan en el contenido de los derechos al determinar la extensión de la protección que cabe darles, se puede concluir que el Tribunal habría construido un estándar de interpretación, una forma paradigmática de comprender, de aceptar o de rechazar, la limitación de un derecho. Con ello, el Tribunal estaría favoreciendo una concepción compartida de los derechos humanos, lo que echaría por tierra la idea de que el Margen de Apreciación hace todo lo contrario. Esta concepción sería el resultado de la estandarización de las limitaciones permisibles que el Tribunal realiza a la hora de evaluarlas y, por ello, el Margen de Apreciación sería solo una herramienta provisional en dicho proceso en ciernes.³⁶

Pero dicha forma de conceptuar las limitaciones carga con un defecto que impide satisfacer las aspiraciones de los partidarios de la armonización: ella establecería una relación triádica entre derechos en conflicto, contextos y principios.³⁷ Presupone que los Estados miembros sintonizan en los tres elementos de la relación. Esto parece sensato, ya que, como vimos, los Estados miembros garantizan los mismos derechos (en sus constituciones y en el Convenio). Pero si la relación es triádica, ¿qué ocurre con los principios y los contextos? ¿Qué pasa si hay diferencias entre ellos? Porque, lo que justamente ha reconocido el Tribunal es la diversidad en las normas que limitan derechos que los Estados pueden aplicar, diversidad que quedaría cubierta por el Margen de Apreciación que le reconoce a los Estados. En otras palabras, ¿no sería contradictoria la existencia de dicho Margen de Apreciación con la forma en que el Tribunal razona al momento de adjudicar sobre las limitaciones de derechos?

En otras palabras, parece que al Tribunal se le piden dos cosas opuestas: por una parte, que establezca un estándar, una forma paradigmática de entender los derechos, sus limitaciones y armonizaciones admisibles; y, por otra, que reconozca la diversidad en la forma en que los Estados

³⁶ Esta es la denominada visión gradualista del desarrollo del Convenio europeo, en la que el Margen de Apreciación juega un papel central: “La justificación del Margen de Apreciación es usualmente pragmática. El argumento es que el Margen de Apreciación es una herramienta útil en la eventual realización de un sistema europeo amplio de protección de los derechos humanos, en el cual un estándar uniforme de protección esté asegurado. El progreso hacia esa meta debe ser gradual, dado que el marco jurídico entero descansa en los frágiles cimientos del consentimiento de los Estados miembros” (MACDONALD, 1993: 123).

³⁷ Dejando a la teoría de los derechos humanos su definición, por contexto entenderé en términos generales un dominio o parámetro de referencia. En este caso, el sistema jurídico y social de cada Estado miembro. Por su parte, los principios, los entenderé en un sentido estricto como “norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.” (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 26). Estos elementos serán analizados en detalle en la Parte II.

miembros pueden acomodar derechos. Es en este sentido en que el Margen de Apreciación sería un obstáculo a una concepción compartida de los derechos humanos.

3. Contextos y principios.

Volvamos a la pregunta que surgió en la sección anterior: ¿son o deben ser iguales los principios que conforman la relación triádica que supone las limitaciones? Siguiendo con nuestros ejemplos, el Tribunal reconoció en ambos casos el principio de neutralidad en la escuela pública, pero en *Kurtulmuş v. Turkey* no hizo ninguna referencia a la armonía religiosa y, en su lugar, acudió al principio del secularismo, reconocido en la Constitución de Turquía, estando ausente dicho principio, a su vez, en el caso *Dahlab v. Switzerland*.³⁸ Parece que, entonces, el Tribunal ha confundido dos principios diferentes, por una parte, el de secularismo o laicismo, contenido en la Constitución de Turquía, y el de neutralidad, comprendido en la Constitución de Suiza.³⁹

Para elucidar mejor este punto, veamos otros ejemplos de libertad religiosa. Comparemos brevemente cómo se entiende la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la luz de las limitaciones que sobre dicho derecho aplican internamente algunos países, en relación con el ejemplo de la sección anterior: el derecho de las profesoras y profesores europeos, que practican una religión determinada, a impartir clases en escuelas públicas vestidos de la manera que exige su religión.⁴⁰

³⁸ En el primero, el Tribunal señaló que había “declarado reiteradamente que el respeto al principio del secularismo es sin duda uno de los principios fundamentales del Estado turco [...] Es ese principio, y no las objeciones a la forma en que una persona se viste como resultado de sus creencias religiosas, el que constituye la consideración primordial que sustenta dichas reglas”, caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006. En el segundo, que el problema jurídico en dicho caso fue “considerar el derecho de una profesora a manifestar su religión contra la necesidad de proteger a los alumnos mediante la preservación de la armonía religiosa”, caso *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

³⁹ A grandes rasgos, la neutralidad funciona en Suiza de la siguiente manera: “La libertad de religión no se limita a otorgar los derechos subjetivos individuales. Además, cuenta con contenidos objetivos y programáticos. El Estado, por ejemplo, está obligado a la neutralidad confesional y religiosa: cualquier partidismo estatal será impedido para proteger la paz religiosa. Sin embargo, este mandamiento no es absoluto: los cantones pueden reconocer a las comunidades religiosas individuales bajo el derecho público debido a su soberanía sobre la iglesia. Estas comunidades religiosas reconocidas están así sometidas a mejores condiciones que las otras que no son reconocidas. Este privilegio tiene que basarse en razones fácticas, de lo contrario, se violaría el artículo 8 de la Constitución (‘igualdad ante la ley’). Además, esta neutralidad no obliga a prohibir la religión de la esfera pública o, por ejemplo, de las escuelas. En efecto, a las escuelas no se les permite identificarse con una visión religiosa particular o específica —de la mayoría o de la minoría— que crearía una desventaja para los miembros de otras denominaciones. Sin embargo, el fenómeno de la religión tiene que ser considerado en la escuela: una actitud antirreligiosa o un laicismo militante no sería neutral” (PAHUD DE MORTANGES, 2010: 690). Para un análisis del desarrollo histórico del sistema educativo suizo y su relación con la religión (que pasó del sistema decimonónico de confesionalidad cantonal a un sistema que garantiza la neutralidad religiosa a nivel federal), véase SPÁNI, 2003.

⁴⁰ Para una visión sinóptica sobre el hiyab en Europa, véase LÓPEZ-SIDRO, 2013 y BRIONES, 2009.

Francia reconoce y garantiza el derecho a la libertad religiosa, pero, al mismo tiempo, posee una larga tradición laicista (*laïcité*).⁴¹ A este respecto, conviene distinguir entre: la *laicidad positiva o abierta*, según la cual “la declaración de no confesionalidad se considera compatible, sea de hecho o de derecho, con ciertas formas de compromiso más o menos intenso entre Estados e Iglesias. En este modelo se defiende una forma de 'neutralidad' estatal en materia religiosa de carácter limitado o parcial, que garantiza únicamente una básica o mínima libertad religiosa, evitando la interferencia coactiva en y entre las distintas creencias religiosas, pero sin que el Estado se abstenga de favorecer a unas posiciones religiosas sobre otras o, en todo caso, sobre las posiciones no religiosas” (RUIZ MIGUEL, 2013: 3); la *laicidad militante o radical*, “bajo un entendimiento de la neutralidad como prohibición de toda manifestación externa de los cultos religiosos, abarcando mucho más que la razonable exclusión de la religión del ámbito estrictamente político”. Bajo este concepto cabe ubicar la *laïcité* francesa (y sus orígenes en el laicismo republicano revolucionario); y “una interpretación liberal y estricta de la neutralidad en materia religiosa, que da lugar a un tercer modelo, que propongo denominado de *laicidad neutral*, en la que el Estado se compromete a una más rigurosa imparcialidad en materia religiosa con el fin de garantizar una amplia libertad en condiciones de igualdad para todas las creencias relativas a la religión” (RUIZ MIGUEL, 2013: 4).

Este principio, la *laïcité*, se encuentra contemplado a nivel constitucional.⁴² Dado que la libertad religiosa requiere de cierta exteriorización para realizarla, la conjugación de esta libertad con el principio de laicidad supone, en Francia, que se prohíba en los colegios públicos que profesores, personal administrativo y estudiantes utilicen símbolos religiosos ostensibles (cruces, velos,

⁴¹ Para un repaso histórico sobre la noción de *laïcité*, véase LABORDE, 2008.

⁴² La Constitución francesa de 1958, la que conforma la denominada V República, señala en su Artículo 1: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social [...]”. La importancia del principio de laicidad para la pública, fue re-afirmada en una decisión del Conseil d’État, a propósito del caso del estatuto especial de Alsacia-Mosela (departamentos de Haut-Rhin, Bas-Rhin y Moselle), donde la ley local todavía contemplaba la obligatoriedad de la enseñanza de la religión en los colegios públicos, la que, por tanto, comportaba financiamiento público, lo que clara y abiertamente era contradictorio con lo estipulado en Ley de 9 diciembre de 1905 concerniente a la separación de la Iglesia y del Estado, la que señala en su artículo 2: “La República no reconoce, pagar o subvencionar ningún culto. En consecuencia, a partir del 1 de enero siguiente a la promulgación de esta ley, se eliminará de los presupuestos del Estado, los departamentos y municipios, todos los gastos relacionados con el ejercicio de la religión”. Sin embargo, si bien en dicha decisión el *Conseil* reconoce que uno “de los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República, es el principio de laicidad” (C.E., 6 abril de 2001, Syndicat national des enseignants du second degré, Nos. 219379, 221699 y 221700), señala, al mismo tiempo, que dicho principio no se vería afectado por el estatuto especial de dichos departamentos, ya que la ley local permite eximirse a los estudiantes de las clases de religión. Esta opinión sobre el estatuto especial de los departamentos de Haut-Rhin, Bas-Rhin y Moselle, fue refrendada también por el Conseil constitutionnel (C.C., 21 de febrero de 2013, Association pour la promotion et l’expansion de la laïcité, No. 201 2-297 QPC).

etc.).⁴³ En Francia, la religión se entiende como un asunto privado, recogiendo parte de la tradición liberal clásica sobre este asunto. De esta manera, el Estado confirma tanto su independencia como su neutralidad frente a las instituciones religiosas.⁴⁴

Del mismo modo, Turquía también reconoce y garantiza el derecho a la libertad de conciencia, de creencia religiosa y de convicción, pero al mismo tiempo permite limitaciones a los derechos, en la medida que entren en conflicto con el carácter secular (*laik*) del estado turco, principio que también se encuentra en rango constitucional.⁴⁵ Esto se expresa en una legislación específica, que restringe dicho derecho en el caso de funcionarios públicos, incluyendo los profesores y también a los estudiantes.⁴⁶

⁴³ Los jueces administrativos, tienen instrucciones específicas emanadas del Conseil d'État sobre la materia, véase CONSEIL D'ÉTAT, 2014.

⁴⁴ Por ejemplo, a raíz del llamado *affaire des foulards*, se crea la Comisión Stasi, cuyas conclusiones se materializaron en la Ley N° 2004-228, de 15 marzo de 2004, encuadrada en la aplicación del principio de laicidad, la que modificó el Código de Educación, creando el artículo L141-5-1, que señala: “En las escuelas, colegios y liceos públicos, se prohíbe el uso de signos o vestidos por los cuales los alumnos abiertamente manifiesten una afiliación religiosa”. Del mismo modo, se promulgó la Ley No. 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público, la que señala en su Artículo 1: “Ninguna persona puede, en el espacio público, llevar ropa destinada a ocultar su rostro”, ley que buscaba regular el uso del burka.

⁴⁵ Señala el Preámbulo de la Constitución Turca de 1982: “El reconocimiento de que no se concederá protección a una actividad contraria a los intereses nacionales turcos, el principio de la indivisibilidad de la existencia de Turquía con su estado y territorio, los valores históricos y morales turcos o el nacionalismo, los principios, las reformas y el modernismo de Atatürk y que, como lo exige el principio de secularismo, no habrá interferencia alguna por sentimientos religiosos sagrados en los asuntos del Estado y política”. Asimismo, esta idea se encuentra refrendada en el Artículo 2, que señala: “La República de Turquía es un Estado democrático, secular y social gobernado por el imperio de la ley [...]”. Por su parte, el Artículo 13, modificado por la reforma de 17 de octubre de 2001, señala: “Los derechos y las libertades fundamentales sólo pueden limitarse por ley y de conformidad con las razones mencionadas en los artículos pertinentes de la Constitución y sin infringir su esencia. Estas restricciones no estarán en contradicción con la letra y el espíritu de la Constitución, con los requisitos del orden democrático de la sociedad y la República secular y con el principio de proporcionalidad”.

⁴⁶ El caso de referencia que fue conocido por el Tribunal fue el *Leyla Şahin v. Turkey*, aplicación No. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005. Allí el Tribunal argumentó que la limitación a la vestimenta de connotación religiosa impuesta por la Universidad de Estambul a sus estudiantes, se justificaba no solo porque la ley turca se basaba en el secularismo, sino que también por la clase de valores que los estudiantes aprenden a cultivar en la universidad, lo que sería incompatible con el uso de símbolos religiosos por parte de éstos, como señala el §116: “Visto el trasfondo anterior, es el principio de secularidad, tal como se explica por el Tribunal Constitucional (véase el apartado 39 supra), la cuestión primordial que subyace a la prohibición del uso de símbolos religiosos en las universidades. En este contexto, en donde los valores del pluralismo, el respeto de los derechos de los demás y, en particular, la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, son enseñados y aplicados en la práctica, es comprensible que las autoridades competentes deberían querer preservar la naturaleza secular de la institución en cuestión, y considerar contrario a estos valores el permitir que sean usadas vestimentas religiosas, incluyendo, como en el presente caso, el velo islámico”. Este mismo criterio fue extendido luego para el caso de las restricciones de vestimentas impuesta a los estudiantes de secundaria de un liceo de Estambul, en el caso *Köse and Others v. Turkey*, aplicación No. 26625/02, sentencia de admisibilidad, 24 de enero de 2006, alegación de los estudiantes afectados que fue declarada inadmisibile por el Tribunal en base a lo señalado en el caso *Leyla Şahin*.

En contraste, en Alemania, no hay una legislación federal que regule de manera general el uso del *Kopftuch* o hiyab, sino que solo leyes de algunos estados. Además, la diferencia radical respecto de los dos casos anteriores, es que Alemania no contempla en el nivel constitucional ni el principio de laicidad ni el de secularismo, como sí lo hacen Francia y Turquía respectivamente. Más bien, “el derecho fundamental a la libertad religiosa está constitucionalmente reconocido y garantizado en Alemania sin reservas (*vorbehaltlos*), lo cual significa que sólo puede ser limitado por otros derechos, principios y valores de rango constitucional” (MARTÍN y MÜLLER-GRUNE, 2004: 317). Asimismo, se ha debatido largamente en Alemania la naturaleza neutral del Estado, por oposición a la laicidad, y el fundamento constitucional del pluralismo ideológico; concluyéndose que Alemania abraza la neutralidad, a pesar de no existir explícitamente una disposición constitucional al respecto.⁴⁷

Por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 24 de septiembre de 2003, en el denominado caso Ludin, es una de las más relevante para este asunto.⁴⁸ Ella volteó la decisión del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal de 4 de Julio de 2002 (BVerwG 2C 21.01) y de los tribunales contencioso-administrativos del *Land* Baden-Württemberg y de Stuttgart, los que habían reafirmado la decisión de las autoridades escolares de suspender de sus funciones a la Sra. Ludin, profesora de primaria de Stuttgart, por su negativa de dejar de usar *hiyab* para impartir sus clases.⁴⁹ Señaló el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

Los tribunales ordinarios basaron sus decisiones en un cambio de actitud respecto del requisito estatal de neutralidad en la República Federal de Alemania. Esta estricta comprensión de la neutralidad resultó en la restricción de la posibilidad de que un funcionario público pueda profesar sus creencias religiosas en el trabajo. A diferencia de un estado laico, la República Federal de Alemania, en su constitución, está abierta a la actividad religiosa, incluso en las escuelas, y de esta manera se persigue lo que se conoce como la neutralidad integral, abierta y respetuosa. La escuela no es un refugio en el que se puede cerrar los ojos a la pluralidad social y a la realidad. Por el contrario, el deber de la escuela de proporcionar educación, significa preparar a los adolescentes para lo que vayan a encontrar en la sociedad.⁵⁰

⁴⁷ Véase HUSTER *et al.*, 2009: 31 y ss.

⁴⁸ Para un análisis de esta sentencia, véase LÓPEZ-SIDRO, 2003; MARTÍN y MÜLLER-GRUNE, 2004; LASAGABASTER, 2004 y VON CAMPENHAUSEN, 2004.

⁴⁹ “Las autoridades escolares del *Land* Baden-Württemberg consideraron que esa insistencia en portar el pañuelo en la cabeza durante las clases, determinaba que a la señora Ludin le faltase la aptitud personal exigida para acceder a la función pública según el § 11.1 de la Ley de Baden-Württemberg sobre la Función Pública, en su versión de 19 de marzo de 1996 (*Landesbeamtengesetz*) (7), y ello porque el hiyab que portan algunas mujeres musulmanas sería un símbolo no sólo religioso sino también político. Como tal símbolo político lo consideraron las autoridades escolares incompatible con el mandato de neutralidad estatal que ha de orientar la enseñanza en las escuelas públicas alemanas: los profesores y las profesoras en escuelas públicas actúan como representantes del Estado y es por ello que han de ejercer sus funciones de forma no partidista, y siempre al servicio del bien común” (MARTÍN y MÜLLER-GRUNE, 2004: 316).

⁵⁰ Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), decisión de la segunda sala (senado) de 24 de septiembre de 2003, 2 BvR 1436/02 - Rn. (1-138), considerando 18.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán utilizó como argumento para su decisión que la “legislación vigente en el Estado federado de Baden-Württemberg no contiene un fundamento legal suficiente para prohibir a los profesores la utilización del velo islámico en la escuela y durante clases”, pero en el parágrafo 6 de su decisión argumentó que:

Sin embargo, queda a la libre determinación del legislador local la creación de dicho fundamento legal, por ejemplo, mediante una nueva regulación acerca de la medida en que ciertos elementos religiosos pueden válidamente estar presentes en la escuela, dentro del marco de los parámetros jurídico-constitucionales establecidos. Este tipo de regulación debe tomar en consideración suficientemente la libertad religiosa de los profesores y de los alumnos, así como el derecho de los padres a la educación de los hijos y la obligación del Estado de mantener la neutralidad en materia religiosa y de cosmovisión [...].

No obstante, el Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió, al mismo tiempo, que: “El cambio social, que está asociado con un creciente pluralismo religioso, puede dar la ocasión para redefinir el grado admisible de referencias religiosas permitidas en la escuela”⁵¹. En efecto, este tribunal tuvo la ocasión de revisar dicho criterio en la Decisión de la primera sala (senado) de 27 de enero de 2015 (1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10), donde el Tribunal Constitucional Federal Alemán cambió su interpretación previa del caso Ludin, permitiendo ahora el uso de velo islámico a los profesores en la escuela pública sin limitaciones. Allí señaló lo contrario a la decisión anterior, respecto de que los legisladores de los distintos *Länder* podían dictar normas que limitaran el uso de vestimentas religiosas en las escuelas públicas.⁵² En este caso, el tribunal señaló que una legislación semejante no se ajustaría a la constitución, reafirmando con esto la

⁵¹ Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), decisión de la segunda sala (senado) de 24 de septiembre de 2003, 2 BvR 1436/02 - Rn. (1-138), considerando 64. Por ello, una lectura correcta de este fallo es: “El TCFA confirma en su sentencia de 24 de septiembre de 2003 que considerar el hecho de portar el hiyab durante las clases como determinante de una falta de aptitud para el ejercicio de la función pública como maestra en la escuela primaria, vulnera el derecho de la recurrente en amparo al igual acceso a la función pública del artículo 33.2 GG en conexión con el derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias del artículo 4.1 y 2 GG, pero no *per se*, sino porque no hay actualmente base legal suficiente para justificar esa limitación de tales derechos” (MARTÍN y MÜLLER-GRUNE, 2004: 319).

⁵² Este caso conocido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, se refería a la constitucionalidad del parágrafo 57, apartado 4, de la Ley de Escuelas del *Land* Nordrhein-Westfalen (SchulG), el que señala: “los docentes no deben realizar en la escuela ninguna expresión externa de creencias políticas, religiosas, ideológicas o similares, ya que ello es adecuado con la neutralidad del país respecto a los alumnos ya sus padres, o poner en peligro la paz política, religiosa o ideológica de la escuela. En particular, no se permite un comportamiento externo de los profesores o profesoras, que pueda impresionar a los alumnos o a sus padres, que sea contrario a la dignidad, la igualdad en virtud del artículo 3 de la Ley Fundamental, la libertad o al orden fundamental libre y democrático. La realización del mandato de educación en virtud del artículo 7 y 12 párrafo 6 de la Constitución del *Land* Nordrhein-Westfalen y la correspondiente representación de los valores o tradiciones educativas y culturales del cristiano occidental, no contradice lo señalado en el inciso primero. La neutralidad señalada en el inciso primero, no se aplicará en la educación religiosa y en las escuelas confesionales y filosóficas” (SchulG, §57, 4).

concepción positiva de la neutralidad que Alemania defiende, la que permite a los profesores manifestar sus creencias religiosas a través de sus vestimentas en los colegios públicos.⁵³

Lo que muestran estos ejemplos de Francia, Turquía y Alemania, es de qué manera distintos contextos histórico, sociales y culturales (el acento anticlerical de la república francesa; la lucha por la separación del Estado y la religión en la historia turca posterior al colapso del Imperio Otomano; y la creciente tolerancia religiosa en los territorios alemanes después de la Paz de Westfalia); y, consecuentemente, cómo diversos principios adoptados por esos países (*laïcité* francesa, *laiklik* turca y la *Neutralität* alemana), provocan consecuencias distintas a la hora de comprender (y restringir) los mismos derechos.

Los Estados miembros del Convenio poseen contextos y abrazan principios distintos, lo que provoca que conceptúen de manera distinta los mismos derechos, a pesar de adherir y compartir un mismo catálogo.⁵⁴

Por ello, frente a la pregunta: ¿Tienen derecho las profesoras y profesores europeos, que practican una religión determinada, a impartir clases en escuelas públicas vestidos de la manera que exige su religión?; la respuesta sería...depende de qué país europeo se trate. Peor aún, se podría

⁵³ Señala la sentencia: “Una prohibición legal a nivel nacional (en este caso, según §57, 4 SchulG NO) de la manifestación externa de las creencias religiosas en la escuela pública, por considerar que ello afecta la idoneidad en abstracto, basado en la amenaza que ello supone a la paz de la escuela y a la neutralidad del Estado, es desproporcionada cuando este comportamiento, el de manifestar pública y abiertamente una confesión, es comprensible, si se entiende como un mandamiento religioso obligatorio. Un equilibrio adecuado de la posición que ocupan los derechos constitucionalmente consagrados —la libertad religiosa de los profesores, la creencia negativa y la libertad religiosa de los alumnos y los padres de familia, el derecho fundamental de los padres, y el contrato de la educación estatal— requiere de una interpretación restrictiva de la norma de prohibición, según el cual hace falta al menos un peligro suficientemente concreto para que se deba proteger otros intereses” Decisión de la primera sala de 27 de enero de 2015 (1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10). Para un análisis de esta sentencia, véase SOLANES, 2015: 72-73.

⁵⁴ Otro contexto distinto, completamente pertinente en este asunto, es el caso de la educación privada, donde en principio los profesores y estudiantes pueden manifestar abiertamente sus creencias, sea porque el colegio posee una confesión religiosa o concepción filosófica determinada, o porque es completamente indiferente frente al tema, es aconfesional. El *Manual sobre símbolos religiosos en espacios públicos* del Consejo de Europa señala: “Dado que nadie está obligado a asistir a las escuelas privadas, esto reafirma su capacidad para adoptar enfoques de símbolos religiosos y vestimentas religiosas que difieran de las del sector público: si los padres optan por enviar a sus hijos a una escuela de gestión privada que tiene políticas claras con respecto a la vestimenta de inspiración religiosa, entonces eso es un asunto para ellos, más bien podría ser la razón por la que decidieron enviar a sus hijos allí” (EVANS, 2008: 110-111). Eso sí, el mismo manual advierte que el Tribunal ha considerado que no existe una línea clara sobre la diferencia entre los colegios públicos y privados, a la hora de supervigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros del Convenio. Este ha sido el caso de los castigos físicos en escuelas privadas, donde la Corte ha revisado los reglamentos de conducta de dichas escuelas, obligando a los Estados a no desentenderse de estos asuntos: casos *Van der Musselle v. Belgium*, aplicación No. 8919/80, sentencia de 23 noviembre de 1983 y *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, aplicación No. 13134/87, sentencia de 25 de marzo de 1993 (véase EVANS, 2008: 111-112).

argumentar que, en el estado actual de las cosas, la respuesta depende también de si el Tribunal ha conocido o no un caso que involucre directamente a alguno de los Estados miembros aludidos, ya que, como vimos, los casos *Dahlab* y *Kurtulmuş*, que fueron rechazados, corresponden a Suiza y Turquía respectivamente. El Tribunal no ha conocido casos que involucren a Francia y a Alemania todavía, respecto de las vestimentas religiosas de profesores de escuelas públicas.⁵⁵

Pero, más allá de esta falta de jurisprudencia, es obvio que el Tribunal tendrá en algún momento que enfrentar el problema de las vestimentas religiosas de los profesores en Europa. Mientras, la disconformidad entre Estados miembros en la comprensión de los mismos derechos, quedaría cubierta por el Margen de Apreciación que el Tribunal les reconoce. Pendiente queda el tema de qué manera el conflicto entre derechos puede surgir de un mismo catálogo y por qué los Estados deben acomodarlos en primer lugar. Esto se abordará hacia el final. En lo sucesivo, abordaré la pregunta más acuciante: ¿Qué es el Margen de Apreciación y de qué manera afectaría la comprensión compartida de los derechos en Europa?

⁵⁵ Sin embargo, recientemente el Tribunal ha conocido un caso de una ciudadana francesa que se ha opuesto a la prohibición general de utilizar prendas que cubran completamente el rostro en los espacios públicos, mediante la ya aludida la Ley No. 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, como es el caso del burka. Véase el caso *S.A.S. v France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014.

4. Los márgenes del Margen de Apreciación.

Como se ha dicho, la doctrina del Margen de Apreciación, es una creación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵⁶ Ha sido definida como “el espacio para maniobrar que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades nacionales, en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio” (GREER, 2000: 5); o como “una cierta libertad que disfruta un gobierno en la evaluación de las situaciones fácticas y en la aplicación de las disposiciones enumeradas en tratados internacionales de derechos humanos” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 2); y también como “la libertad de actuar, maniobrar, respirar o el espacio para moverse; o la libertad de deferencia o error que los órganos de Estrasburgo permiten a los cuerpos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales nacionales, antes de que se prepare para declarar una derogación nacional del Convenio, o una limitación sobre un derecho garantizado por la Convenio, que constituye una violación de una de las garantías substantivas de la Convenio” (YUROW, 1996: 13).

La idea detrás de la DMA es bastante simple: “que, con respecto a muchas materias, el Convenio les deja a las Partes Contratantes un área de discreción” (MERRILLS, 1993: 151), cuestión que el Tribunal aseguraría mediante el desarrollo y aplicación de esta doctrina.

Mucho se ha escrito sobre qué es el Margen de Apreciación. Una y otra vez se ha insistido que, dado su origen casuístico,⁵⁷ la DMA es una creación confusa, imprecisa y controvertida del Tribunal.⁵⁸ Por ello, en un afán clarificador, el proceso de aplicación de la DMA por parte del

⁵⁶ Se han trazado sus orígenes en el derecho administrativo alemán, véase ARAI-TAKAHASHI, 2000 y en el francés, véase RIVERO y WALINE, 1998.

⁵⁷ Volveremos en la Parte I sobre este asunto, ya que el origen casuístico de la DMA deriva en un enfoque casuístico sobre la conceptualización del Margen de Apreciación, el que termina siendo un obstáculo para su adecuado entendimiento.

⁵⁸ Así se ha dicho: que “es vista con frecuencia como problemática. Mientras que algunos comentaristas simplemente la ven como confusamente insatisfactoria, otros se oponen a lo que consideran su connotación perniciosa para los derechos humanos: que la doctrina traiciona la universalidad de los derechos humanos, o que socava la protección de los derechos humanos de acuerdo con estándares comunes” (LEGG, 2012: 1); que es “una construcción débil: poco densa y susceptible de aplicaciones muy variadas si no contradictorias” (GARCÍA ROCA, 2010: 112); que “esta doctrina judicial sigue siendo muy controvertida en la literatura [...] hay una preocupación generalizada, en relación con la incertidumbre en torno a los criterios para decidir sobre el margen de apreciación concedido a los Estados” (TORRES PÉREZ, 2009: 29-30); que existe “mucho confusión y controversia en torno al margen de apreciación” (LETSAS, 2007: 81); “a pesar de la montaña de jurisprudencia, su característica más llamativa sigue siendo su casuística, su inconsistencia y su naturaleza en gran medida impredecible [...] la mayoría sostiene que se requiere una mayor claridad, coherencia y consistencia en su aplicación” (GREER, 2000: 5); “la discusión sobre el margen de apreciación por parte del Tribunal y de los comentaristas ilustra una decepcionante falta de claridad” (MACDONALD, 1993: 85); y que “en los casos en que el margen de apreciación es alegado — sin importar si la alegación tiene éxito o no— son luego propensos a la polémica” (MERRILLS, 1993: 151).

Tribunal, se puede descomponer analíticamente en tres fases, que revelan tres aspectos de su operatividad:

- I) La fase de investigación y comprobación de los hechos, donde los órganos de los Estados miembros poseen amplitud para la determinación de los elementos de hecho, estando en mejor posición que el Tribunal para hacerlo.
- II) La fase de evaluación del alcance normativo, donde los órganos de los Estados miembros pueden “determinar el significado y contenido de una norma específica”, lo que se explica por la “inherente indefinición de las normas” o por la “inherente discreción dada por las normas”, producida por “la indeterminación tanto del lenguaje de las provisiones como por la intención de los redactores”.
- III) La fase de evaluación de los medios para alcanzar el fin social deseado que realizó el Estado, lo que “supone la comprobación de los medios [...] para alcanzar objetivos sociales en una circunstancia fáctica particular”, tarea que asume el Tribunal (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 100-101).

Como la DMA es una creación jurisprudencial, conviene mostrar cómo el Tribunal ha configurado el Margen de Apreciación en su jurisprudencia.

Sobre los orígenes de la DMA, hay poco debate.⁵⁹ Gran parte de los autores están de acuerdo que no hay mención alguna a ella en los trabajos preparatorios del Convenio y, obviamente, que no se le menciona ni en el Convenio mismo o en sus protocolos. Es una creación de la jurisprudencia del Tribunal.

Si bien el desarrollo del Margen de Apreciación ha sido jurisprudencial, no es fruto solo de los esfuerzos del Tribunal. De hecho, la expresión ‘margen de apreciación’, fue mencionada por vez primera en un informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) y no por el Tribunal. En su primera época, el Tribunal tenía un perfil bajo, lo que permitía a la Comisión gozar de mayor protagonismo.

En dos casos llamados iguales, *Greece v United Kingdom*, uno de 1956 y otro de 1957, ambos en el contexto del enfrentamiento entre Grecia y el EOKA (organización nacionalista de Chipre, isla que en aquella época pertenecía a Reino Unido), se realizaron las primeras aplicaciones interestatales que conoció la Comisión. Fue en ellos donde se esbozó por primera vez la DMA, a

⁵⁹ Sobre la DMA “existe un conocimiento universal sobre cuándo apareció por primera vez, y un amplio consenso sobre varias cuestiones centrales” (GREER, 2000: 5).

propósito de “la competencia de la Comisión para adjudicar cuestiones ‘políticas’” (BATES, 2010: 197).

El caso de 1956, se refería a la interpretación del artículo 15, que establece las condiciones de la derogación en caso de un estado de excepción: “guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación”.⁶⁰ A este respecto, el informe señala que la Comisión: “está autorizada por el Convenio a expresar una opinión crítica sobre la derogación bajo el artículo 15, pero el Gobierno interesado retiene, dentro de ciertos límites, su discreción en apreciar la amenaza a la vida de la nación”.⁶¹ Sobre el margen, el Informe señala:

La Comisión no fue de ninguna manera excluida por el Convenio para la revisión de una decisión adoptada por un Gobierno, en la derogación del Convenio en virtud del artículo 15 y de examinar críticamente la apreciación del Gobierno en cuanto a las exigencias de la situación. Por otra parte, es una cuestión normal que el Gobierno interesado haya estado en una mejor posición que la Comisión para conocer todos los hechos pertinentes y sopesar en cada caso las distintas líneas de acción posibles, con el fin de contrarrestar una amenaza existente contra la vida de la nación. Sin ir tan lejos como para reconocer una presunción en favor de la necesidad de las medidas adoptadas por el Gobierno, la Comisión estimó, sin embargo, que un cierto margen de apreciación debe concederse al Gobierno.⁶²

Por otra parte, más allá de las aplicaciones interestatales, en aquella época la Comisión recibía muchísimas aplicaciones individuales, pero la mayoría fueron rechazadas: “entre 1955-1958 más de 400 aplicaciones individuales fueron recibidas por la Comisión, pero solo dos fueron declaradas admisibles” (BATES, 2010: 191). De los dos casos declarados admisibles por la

⁶⁰ Es preciso señalar el uso que el Convenio utiliza de la expresión ‘derogación’. En la versión inglesa oficial del Convenio, el encabezado del artículo 15 es “Derogation in time of emergency”; del mismo modo, la versión oficial en francés, el artículo 15 lleva por encabezado “Dérogation en cas d’état d’urgence”. Por su parte, la traducción castellana oficial del texto del Convenio, disponible en el sitio web del Tribunal, titula al artículo 15 como “Derogación en caso de estado de excepción”. Así que, al menos en el contexto del Convenio, se debe preferir el uso de ‘derogación’ para referirse al mecanismo de suspensión de derechos en caso de estado de excepción, que se encuentra contenido en el artículo 15. Una definición más rigurosa de derogación en este contexto es: “El acto de un Estado que suspende la aplicación y disfrute de ciertos derechos humanos al declarar un estado de emergencia pública que afecta la vida de toda una nación. La derogación permite al Estado adoptar medidas para hacer frente a la emergencia sin temor a violar las normas de derechos humanos durante el período de excepción” (CONDÉ, 2004: 64). Por ello, como veremos, si se busca un equivalente de la derogación en la teoría del derecho, el término más adecuado es el de cancelación (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 120) o suspensión (véase AGÜERO, 2015: 56-57). Más adelante se ahondará en este asunto, cuando se precisen los conceptos de reserva, derogación, excepción y limitación.

⁶¹ Caso *Greece v. United Kingdom*, aplicación No. 176/56, Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 1958, §136.

⁶² La Comisión concluye que “La Comisión aprobó la opinión (por ocho votos contra tres), que el Gobierno del Reino Unido no había ido más allá de este límite de apreciación, al considerar que la detención de personas sin juicio bajo la Ley de Detención de Personas, fue estrictamente requerida en atención de las exigencias de la situación”. Caso *Greece v. United Kingdom*, aplicación No. 176/56, Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 1958, §318.

Comisión, *De Becker v. Belgium* y *Lawless v. Ireland* (ambos en 1958), el último resultó ser también muy relevante para la doctrina del Margen de Apreciación.⁶³ El caso trataba de un ex miembro del IRA, G.R. Lawless, a quien se le detuvo sin juicio, en virtud de la ley de delitos contra la seguridad del estado en Irlanda de 1940, cuando se disponía a viajar a Inglaterra. En el informe, la opinión de sus miembros se encuentra dividida. Los miembros señores Waldock, Berg, Faber, Crosbie y Erim, señalaron:

Si bien el concepto de un “peligro público que amenace la vida de la nación” es suficientemente clara, no es en absoluto una tarea fácil determinar si los hechos y condiciones de cualquier situación particular caen dentro de ese concepto. Siendo esto así, y teniendo en cuenta la alta responsabilidad que el Gobierno tiene respecto de su pueblo para protegerlos contra cualquier amenaza a la vida de la nación, es evidente que una cierta discreción —un cierto margen de apreciación— debe dejarse al Gobierno en la determinación de si existe una emergencia pública que amenace la vida de la nación y que debe ser tratada con medidas excepcionales que suspendan las obligaciones normales en virtud del Convenio.⁶⁴

La primera violación del Convenio ocurrió a fines de la década del 60, casi 20 años después de su creación, en el famoso caso *Neumeister v. Austria*,⁶⁵ previo a él “hubo relativamente poca jurisprudencia de Estrasburgo significativa, o al menos no tanta como para llamar la atención de los funcionarios de gobierno y abogados nacionales” (BATES, 2010: 180). La segunda violación ocurrió poco después y se conoció en el caso *Belgian Linguistic*, que trataba sobre el derecho a la educación y a la no discriminación. En el caso, los demandantes alegaron que la legislación lingüística de Bélgica violaba el derecho a la educación y la no discriminación, garantizadas por el Convenio, de los niños que habitaban en la región de Flandes, que la ley reconocía de habla neerlandesa, pero que vivían en comunidades bilingües, donde significativa o mayoritariamente la población hablaba francés (Alsemberg, Beersel, Amberes, Gante, Lovaina y Vilvorde). Por ello, los padres de los niños tenían serias dificultades para encontrar escuelas que impartieran clases en francés y para homologar certificados de estudio, entre otras. Fue en este caso, donde se introdujo la DMA fuera de la noción de situaciones de emergencia contempladas en el artículo 15 del Convenio.⁶⁶

⁶³ Para un análisis pormenorizado de ambos casos, véase BATES, 2010: 199-211.

⁶⁴ Caso *Lawless v. Ireland*, aplicación No. 332/57, informe de la Comisión de 19 de diciembre de 1959, §90.

⁶⁵ Caso *Neumeister v. Austria*, aplicación No. 1936/63, sentencia de 27 de junio de 1968.

⁶⁶ El Tribunal finalmente señaló que: “Es cierto que el legislador ha instituido un sistema educativo que, en la región monolingüe holandesa, fomenta la enseñanza exclusivamente en holandés, de la misma manera como lo establece la homogeneidad lingüística de la educación en la región monolingüe francés. Estas diferencias en el tratamiento de las dos lenguas nacionales en las dos regiones monolingües son, sin embargo, compatibles con el artículo 2 del Protocolo y con el artículo 8 de el Convenio. El artículo 14 no prohíbe distinciones en el tratamiento que se basen en una evaluación objetiva de esencialmente diferentes circunstancias de hecho y que, basándose en el interés público un justo equilibrio entre la protección de los

En el caso *Belgian Linguistic*, la Comisión argumentaba que las disposiciones del Convenio y del Protocolo “dejan a los Estados un margen de apreciación en cuanto a las medidas a adoptar para asegurar el disfrute de los derechos que están garantizados”.⁶⁷ Por su parte, el Tribunal haciendo eco, implícitamente, de la argumentación de la Comisión, a propósito de la interpretación y alcance del artículo 2 del Protocolo (P1-2) y los artículos 8 y 14 del Convenio, señaló:

5. El derecho a la educación, garantizado por la primera frase del artículo 2 del Protocolo (P1-2), por su propia naturaleza llama a una regulación por parte del Estado, regulación que puede variar en el tiempo y en el espacio de acuerdo a las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos. No hace falta decir que tal regulación no debe afectar a la esencia del derecho a la educación, ni entrar en conflicto con los demás derechos consagrados en el Convenio [...] Por lo tanto, el Convenio implica un justo balance entre la protección del interés general de la Comunidad y el respeto debido a los derechos humanos fundamentales, dando especial importancia a los segundos.⁶⁸

Esta es la primera referencia del Tribunal a una idea que consistentemente adoptará en su jurisprudencia posterior: que el Margen de Apreciación cubre las variaciones existentes en la manera en que los Estados miembros realizan las limitaciones a los derechos humanos.

De esta manera, es posible apreciar que “después del caso *Lawless* (1961), tanto la Comisión como el Tribunal comenzaron la incorporación de la DMA en el análisis de casos de no-emergencia, concentrándose más particularmente en los artículos que contienen cláusulas de limitación expresas, que califican derechos y libertades garantizados (principalmente, los artículos 8-11 y el Protocolo 1, artículo 1)” (YOUROW, 1996: 15).

Por ello, la DMA ha estado vinculada a dos famosos casos del Tribunal sobre libertad de expresión. En el primero, el caso *Handyside v. United Kingdom*, donde se discutió la censura del libro *The Little Red Schoolbook*, el que fue considerado obsceno por las autoridades británicas.⁶⁹ El Tribunal configuró la tesis del Margen de Apreciación, mencionado en las presentaciones de la Comisión y del Gobierno de Reino Unido, la que le sirvió para justificar su decisión, la que en definitiva refrendó la decisión de Reino Unido de prohibir la circulación del libro en cuestión. En lo substancial, la sentencia sobre este caso configura los elementos fundamentales de la DMA, en los párrafos 47 a 62.

intereses de la comunidad y el respeto por los derechos y libertades protegidos por el Convenio”. Para un análisis de este caso en el contexto de la evolución del Tribunal, véase BATES, 2010: 225-238.

⁶⁷ Caso *Belgian Linguistic*, Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 24 de junio de 1965, §401.

⁶⁸ Caso *Belgian Linguistic* (“*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium*, aplicaciones Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968.

⁶⁹ Caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976

Una de las cuestiones fundamentales de este caso fue determinar un problema crucial: “¿Cómo determinar si las ‘limitaciones’ y ‘sanciones’ reales, denunciados por el demandante, eran ‘necesarias en una sociedad democrática’, ‘para la protección de la moral’?”. La opinión de la Comisión y del Gobierno de Reino Unido, la que fue compartida por el Tribunal, era que ésta última solo debía asegurarse de que “los tribunales ingleses actuaron razonablemente, de buena fe y dentro de los límites del margen de apreciación dejado a los Estados contratantes por el artículo 10 párr. 2 (Art. 10-2)”.⁷⁰

En lo medular, el Tribunal declara respecto del Margen de Apreciación que:

Estas observaciones se aplican, notablemente, al artículo 10-2 [respecto a las formalidades, condiciones, limitaciones o sanciones a las que puede ser sometida la libertad de expresión]. En particular, no es posible encontrar, en el derecho interno de los distintos Estados contratantes, una concepción europea uniforme de la moral. La postura adoptada por sus legislaciones respecto de los requisitos de la moral, varía de vez en cuando y de un lugar a otro, sobre todo en nuestra época, la que se caracteriza por una evolución rápida y de mayor alcance de las opiniones sobre el tema. Por razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estos requisitos, así como de la ‘necesidad’ de una ‘restricción’ o ‘pena’ tendientes a cumplirlas [...] Consecuentemente, el artículo 10, párr. 2 (Art. 10-2) deja a los Estados contratantes un margen de apreciación. Este margen se da tanto al legislador nacional (‘prescrito por la Ley’) como a los cuerpos, judiciales entre otros, que están llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor”.⁷¹

Sin embargo, en el considerando siguiente, el Tribunal hace la salvedad de que “los Estados contratantes no tienen un poder ilimitado de apreciación”, ya que el Tribunal junto a la Comisión retienen “la responsabilidad de asegurar la observancia de los compromisos de los Estados (art. 19), estando facultada para dar la decisión final sobre si una ‘restricción’ o ‘sanción’ es reconciliable con la libertad de expresión protegida por el Artículo 10”.

Esto quiere decir que el Margen de Apreciación conlleva supervisión del Tribunal. Sobre la cuestión de cuál es el alcance de dicha supervisión, el Tribunal señala que ella “se refiere tanto a la finalidad de la medida impugnada como a su ‘necesidad’, lo que abarca no sólo la legislación básica, sino que también la decisión de aplicarlo, incluso si esta fue dada por un tribunal independiente”.

El Tribunal advierte, por tanto, que su papel no consiste en “reemplazar el lugar de los tribunales nacionales competentes, sino que más bien revisar bajo el Artículo 10 las decisiones que ellos adoptaron en el ejercicio de su poder de apreciación”.

⁷⁰ Caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §47.

⁷¹ Caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §48.

Otro elemento relevante es la metodología de la supervisión de las decisiones de los órganos estatales que realiza el Tribunal. A este respecto señala que “la supervisión del Tribunal se demuestra generalmente ilusoria si no hace más que examinar estas decisiones de forma aislada; más bien, debe verlas a la luz del caso en su conjunto, incluida la publicación de que se trate, y los argumentos y las pruebas presentadas por la demandante en el sistema jurídico nacional y luego a nivel internacional”. De esta manera, el Tribunal “debe decidir, sobre la base de los diferentes datos disponibles, si las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar las medidas reales de ‘interferencia’ que toman, son pertinentes y suficientes en virtud del Artículo 10-2”.⁷²

Luego el Tribunal vincula el Margen de Apreciación con el contexto en que se aplican las limitaciones. Frente al argumento del demandante y del voto minoritario de la Comisión, de que el libro en cuestión “había aparecido y circulado libremente en la mayoría de los Estados Miembros del Consejo de Europa”, el Tribunal señala que:

Los Estados Contratantes han formado cada uno su enfoque a la luz de la situación existente en sus respectivos territorios, han tenido en cuenta, entre otras cosas, los diferentes puntos de vista prevaletentes allí sobre las exigencias de la protección de la moral en una sociedad democrática. El hecho de que la mayoría de los Estados Contratantes decidieran permitir que el trabajo se distribuyere, no significa que la decisión contraria a la distribución de los Inner London Quarter Sessions constituya una violación al Artículo 10.⁷³

En otras palabras, el Tribunal defiende en esta decisión la idea de que no existe un contexto europeo general donde tenga sentido evaluar las limitaciones, sino que ellas deben ser analizadas en el contexto político, económico, social y cultural de cada Estado Miembro.

En el segundo, el caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, se considera un fallo de referencia del Tribunal, ya que fue el primer caso donde se estableció una violación a la libertad de expresión y, al mismo tiempo, por definir dos criterios claves para la jurisprudencia posterior del Tribunal: el “principio de legalidad” y “la aproximación moderna al test ‘necesario en una sociedad democrática’”; delineando con esto, como vimos, el test de tres pasos, que busca evaluar las

⁷² Caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §49. La justificación de esta extensión de la revisión, la funda el Tribunal en el artículo 50 del Convenio y en base a su propia jurisprudencia, donde menciona el caso *Engel and Others v. The Netherlands*, aplicaciones Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72, sentencia de 8 de junio de 1976.

⁷³ *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §57.

medidas de interferencias que adoptan los Estados, lo que proporciona un control de convencionalidad de las limitaciones a derechos que realizan los Estados.⁷⁴

Asimismo, el Tribunal utilizó en este caso el Margen de Apreciación para justificar su decisión favorable al demandante, que se oponía a la censura previa que Reino Unido había establecido sobre una serie de artículos de prensa que se publicarían sobre los efectos adversos del fármaco thalidomide. Aquí el Tribunal tuvo la ocasión de “refinar la doctrina del margen de apreciación y defender la importancia del test de proporcionalidad” (BATES, 2010: 348).

Sobre el Margen de Apreciación, reiteró lo argumentado en *Handyside v. United Kingdom*, pero esta vez para acoger la demanda y declarar la violación del Convenio.⁷⁵ Agrega dos cosas relevantes para la DMA. La primera, que el alcance del Margen de Apreciación doméstico no es idéntico con respecto a cada una de las limitaciones legítimas enumeradas en la cláusula, las que varían según el contexto de aplicación de que se trate. La segunda, que la existencia del consenso depende del grado de objetividad que posea la justificación de la limitación de que se trate, esto es, de la relación entre los fines legítimos que los Estados alegan perseguir a la hora de limitar derechos mediante tales o cuales medidas de interferencia.

De esta manera, para determinar la aplicación del Margen de Apreciación, en este caso el Tribunal consideró que no había consenso sobre las exigencias de la moral entre los Estados contratantes,

⁷⁴ En este caso, señaló lo siguiente: “El Tribunal ya ha tenido la ocasión, en su sentencia del caso *Handyside* antes mencionado, de exponer su interpretación de la frase ‘necesarias en una sociedad democrática’, la naturaleza de sus funciones en el examen de las cuestiones relativas a esa frase y la manera en que se llevarán a cabo esas funciones.

La Corte ha señalado que, si bien el adjetivo ‘necesario’, en el sentido del artículo 10 (2) (art. 10.2), no es sinónimo de ‘indispensables’, tampoco lo son expresiones que tienen flexibilidad tales como ‘admisible’, ‘ordinario’, ‘útil’, ‘razonable’ o ‘deseable’, y que implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’”. Caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, §59. Para un análisis de este caso, véase VAN DIJK *et. al.*, 1990: 588-592 y 2006: 340-342.

⁷⁵ “En segundo lugar, el Tribunal ha subrayado que la responsabilidad inicial de asegurar los derechos y libertades consagrados en el Convenio, corresponde individualmente a los Estados contratantes. En consecuencia, ‘el artículo 10 (2) (art. 10.2) deja a los Estados contratantes un margen de apreciación. Este margen se da tanto al legislador nacional... y a los órganos judiciales, entre otros que están llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor’” (§48); “El Tribunal ha deducido, a partir de una combinación de estos principios, que ‘no es de ninguna manera [su] tarea el tomar el lugar de los tribunales nacionales competentes, sino verificar en virtud del artículo 10 (art. 10), las decisiones que entregan en el ejercicio de su poder de apreciación’” (§50); “Esto no significa que la supervisión del Tribunal se limite a determinar si un Estado demandado ejerció su discreción razonable, con cuidado y de buena fe. Incluso un Estado contratante que actúa, permanece sujeto al control del Tribunal en cuanto a la compatibilidad de su conducta con los compromisos que ha contraído en virtud del Convenio. El Tribunal aún no se suscribe a la opinión contraria que, en esencia, fue adelantada por el Gobierno y la mayoría de la Comisión en el caso *Handyside*”. Caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia 26 de abril de 1979, §59. Para un análisis de esta cuestión, que enfatiza el contexto histórico donde se produce, véase BATES, 2010: 348-358.

pero sí respecto de la autoridad del poder judicial. Por lo tanto, el alcance de las limitaciones de derechos que un Estado miembro puede adoptar dentro del Margen de Apreciación, depende de cuán objetivas sean los fines u objetivos que persiguen las medidas de interferencia que apliquen los Estados, lo que parece ser una cuestión de hecho que el Tribunal valora caso a caso. Así, los fines u objetivos enumerados en las cláusulas de limitación expresa de los artículos 8-11 del Convenio, no son igualmente objetivas, razón por la cual, respecto de ellas puede que no exista un amplio consenso entre Estados contratantes.⁷⁶

Ambos casos coinciden con lo que se denomina “la mayoría de edad del Tribunal”, la que comenzó a fines de la década del 70, donde se aprecia un actuar más decidido y audaz de ésta. Ello coincide con el fortalecimiento de las instituciones vinculadas al Tribunal: “no solo las instituciones estuvieron más dispuestas a interpretar el Convenio progresivamente, sino que parece que súbitamente estuvieron mucho más preparadas para usar el Convenio como un instrumento que establece estándares que estimulan el cambio normativo” (BATES; 2010: 319).

En el caso *Dudgeon v. United Kingdom*, que trataba sobre la penalización de la homosexualidad, el Tribunal señaló que “no sólo la naturaleza de la finalidad de la limitación, sino también la naturaleza de las actividades involucradas, afectarán el alcance del margen de apreciación. El presente caso se refiere a un aspecto más íntimo de la vida privada. En consecuencia, deben existir razones particularmente serias frente a las interferencias por parte de las autoridades públicas, para que pueden ser legítimas en el sentido del párrafo 2 del Artículo 8”.⁷⁷ En este caso, el Tribunal consideró que la legislación de Irlanda del Norte, que penalizaba la homosexualidad mediante una ley dictada en 1861, violaba el artículo 8 del Convenio, porque ello rebasaba el

⁷⁶ “Una vez más, el alcance del poder doméstico de apreciación no es idéntico en lo que respecta a cada uno de los objetivos enumerados en el Artículo 10-2. El caso *Handyside* se refería a la ‘protección de la moral’. La postura adoptada por los Estados contratantes sobre las ‘exigencias de la moral’, observó el Tribunal, ‘varía según el tiempo y de un lugar a otro, sobre todo en nuestra época’, y ‘las autoridades del Estado están, en principio, en una posición mejor que la juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estos requisitos’ (p. 22, párr. 48). Precisamente, no puede decirse lo mismo de la noción mucho más objetiva de la ‘autoridad’ del poder judicial. La ley doméstica y la práctica de los Estados Contratantes revelan una medida bastante considerable de terreno común en esta área. Esto se refleja en una serie de disposiciones del Convenio, incluido el Artículo 6, que no tienen equivalentes en cuanto a ‘la moral’ se refiere. En consecuencia, aquí una más amplia supervisión europea corresponde a un menos potente poder discrecional de apreciación”. Caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia 26 de abril de 1979, §59.

⁷⁷ Caso *Dudgeon v. United Kingdom*, aplicación No. 7525/76, sentencia 22 de octubre de 1981, §52.

Margen de Apreciación que cabe a cada Estado miembro.⁷⁸ Cabe destacar que en este caso hubo votos parcialmente disidentes.⁷⁹

En estos casos, las regulaciones que afecten las relaciones homosexuales, el Tribunal ha construido un estándar europeo, que supone disminuir el Margen de Apreciación concedido a los Estados. Así, los Estados no pueden dictar leyes que criminalicen las relaciones sexuales consentidas entre adultos.⁸⁰

Por su parte, cuando se ha tratado de casos donde se cuestiona si las leyes de los Estados miembros que regulan la edad del consentimiento para mantener relaciones sexuales, se encuentran o no conformes con el Convenio, la Comisión se mostró partidaria más bien de extender el Margen de Apreciación. Así, la Comisión ha dicho que “se puede admitir que la edad por encima del cual las relaciones homosexuales ya no están sujetas a la ley penal, puede fijarse dentro de un margen razonable y varían en función de la actitud de la sociedad. En el presente caso, no parecería que el límite de edad de 18 a 21 años, aunque relativamente alto y bajo, puede ser considerado como que vaya más allá de este margen razonable”.⁸¹ Por ello, la Comisión ha afirmado que “que la edad de consentimiento de 21 para los hombres homosexuales era permisible bajo la doctrina del margen de apreciación para los varones ingleses”.

⁷⁸ El Tribunal utilizó esta misma línea argumental en un caso semejante en Irlanda del Norte, el caso *Norris v. Ireland*, aplicación No. 10581/83, sentencia de 26 de octubre de 1988, §45-46; y en Chipre, caso *Modinos v. Cyprus*, aplicación No. 15070/89, sentencia 22 de abril de 1993 §25.

⁷⁹ Así, señaló el juez Walsh: “Los adultos, incluso los adultos que consienten, pueden estar dañados y pueden ser explotados por razón de sus propias debilidades. En mi opinión, esta es un área en la que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad o margen de apreciación que no debe ser invadido, salvo cuando está claro, fuera de toda duda, que la legislación es tal que ninguna comunidad razonable podría promulgarla. En mi opinión hay tal prueba se ha establecido en este caso”.

⁸⁰ Caso *Dudgeon v. United Kingdom*, aplicación No. 7525/76, sentencia 22 de octubre de 1981, §60; caso *Norris v. Ireland*, aplicación No. 10581/83, sentencia 26 de octubre de 1988; caso *Modinos v. Cyprus*, aplicación No. 15070/89, sentencia 22 de abril de 1993.

⁸¹ Caso *X v. Federal Republic of Germany*, aplicación No. 5935/72, decisión sobre admisibilidad de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 30 de septiembre de 1975. En el mismo sentido, casos *X v. United Kingdom*, aplicación No. 7215/75, informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978: “la Comisión recuerda que, en este caso, el demandante había sido condenado por asalto indecente de menores de dieciséis años. Este factor debe ser tenido en cuenta en la interpretación de las observaciones generales formuladas por la Comisión en este caso, en relación con la necesidad de proteger a los jóvenes. En efecto, la Comisión observa que, una de las cuestiones fundamentales en el presente caso, es si dieciocho años de edad debe ser considerados como ‘jóvenes’ que necesitan protección, en este sentido.”; y el caso *Johnson v. United Kingdom*, aplicación No. 10389/83, decisión de la Comisión de 17 de julio de 1986: “la Comisión recuerda que había considerado esta cuestión en los casos *X v. United Kingdom* [...] y *X v. Federal Republic of Germany*, concluyendo que la diferencia de trato entre homosexuales masculinos y heterosexuales y homosexuales femeninos, encuentra una justificación objetiva y razonable en el criterio de la protección social, como se describe y se desarrolla en esos casos”. En contraste caso *Sutherland v. United Kingdom*, aplicación No. 25186/94, decisión de la Comisión de 21 de mayo de 1996; el que conoció el Tribunal y dictó sentencia de 21 de marzo de 2001. Para un análisis detallado, véase ARAI-TAKAHASHI, 2002: 69.

Por todo lo anterior, desde fines de la década del 70, los casos analizados por el Tribunal donde tuvo ocasión de aplicar la doctrina del Margen de Apreciación, nos muestran ella debe situarse en el contexto de la aplicación de limitaciones a derechos consagrados en el Convenio. Volveremos sobre este importante asunto en la Parte I. A continuación, y para finalizar esta sinopsis del Margen de Apreciación, identificaremos cuáles son los problemas que surgen de ella, cuyas respuestas trataré de buscar a lo largo de esta investigación.

5. Los problemas de la DMA.

Hemos visto cómo el Margen de Apreciación surgió desde la extinta Comisión, en un contexto donde correspondía evaluar las derogaciones de derechos en casos de estado de excepción y cómo el Tribunal, haciendo suyo este criterio, avanzó hacia la aplicación de esta doctrina en el caso de derechos que contienen una cláusula expresa de limitación, los derechos consagrados en los artículos 8-11 de la Convención, e incluso en el caso de otros derechos que no contienen explícitamente dichas cláusulas.

Dado que la DMA se mueve en el terreno de las limitaciones, volvamos a lo que dijimos antes sobre los elementos de la relación triádica (derechos, contextos y principios), que componen las limitaciones y que pueden entrar en conflicto entre sí. Vimos que el Tribunal acepta la diversidad en la aplicación de limitaciones a derechos, en la medida que ellos quedan cubiertos por el Margen de Apreciación que le reconoce a los Estados.

Presentada la relación triádica de la manera en que se hizo antes, ella sugiere que, al parecer, los conflictos que pueden surgir entre sus elementos solo tienen sentido en el trasfondo de una cultura europea compartida sobre los derechos, junto con una trayectoria y un devenir histórico común. Por ello, al Tribunal le cabría, basado en esta realidad, realizar la sintonía de esos elementos, mostrar cómo deben conjugarse los elementos en conflicto y, de esta manera, el mismo Tribunal sería el encargado de construir la concepción compartida de los derechos humanos.

Dado que todos los Estados miembros garantizan los mismos derechos (en sus constituciones y en el Convenio), y que, siguiendo con nuestro ejemplo del principio, todos ellos poseen sistemas de educación pública y aceptan el principio de neutralidad estatal; entonces al Tribunal le cabría asegurar que, en todos los casos en que esos elementos se presenten en conflicto, él decidirá lo mismo: que cuando se trata de educación pública, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores, *debe* ser restringido para salvaguardar la neutralidad estatal.

En este sentido, el Margen de Apreciación no sería un obstáculo tan obvio para construir una concepción compartida de los derechos humanos, sino que más bien él mismo sería la herramienta más adecuada para hacerlo, ya que dicho margen permitiría reconocer las legítimas diferencias que existen entre los Estados miembros en la forma de hacer frente al conflicto entre derechos, sea que estos ocurran por la manera de concebir los derechos, por el contexto particular en que ellos se despliegan o por los principios a los que adhieren. De esta manera, el Tribunal estaría

encargado de construir, a través de la determinación de la extensión o magnitud de ese margen, dicha concepción compartida de los derechos.

Hasta ahora, solo he afirmado qué presupone la DMA (una cultura europea compartida que valora los derechos humanos y un compromiso con su respeto, pero dejando espacio para variaciones contextuales entre los Estados miembros), su vinculación conceptual con las limitaciones a los derechos (y la evolución que ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal), las formas en que el Tribunal evalúa la aplicación de dichas limitaciones (en tres pasos), dónde se ubica la DMA en ese proceso de evaluación (al momento de determinar si la medida de interferencia fue ‘necesaria en un sociedad democrática’) y cuál pudiera ser la amenaza que ella supone al proyecto de una Europa de los derechos (de qué manera afecta a la comprensión compartida de los derechos).

Sin embargo, hay dos problemas centrales, cuya respuesta permitirá articular lo antedicho de manera coherente, y que no solo son relevantes para el estudio del sistema europeo de derechos humanos, sino que también para la filosofía del derecho. El problema conceptual del Margen de Apreciación y el problema de su justificación.⁸² En principio, esta distinción no ha sido trazada hasta ahora en el debate, pero ciertamente se relaciona, por una parte, con un enfoque metodológico que me parece correcto, y con otra distinción que, si bien comparto en su forma, rechazo en su fundamento.⁸³

⁸² Además, el uso del DMA ha traído críticas por parte de los comentaristas, ya que se observa que después de 1979 ha proliferado “un uso del análisis del Margen de Apreciación tendiente hacia una interpretación restrictiva de los derechos y libertades del Convenio y una inclinación hacia la defensa de una amplia discreción del Estado, con una concomitante aproximación conservadora sobre el alcance del poder supervisor internacional” (YOUROW, 1996: 25). De allí que se desprende que el Tribunal posee y aplica una concepción minimalista de los derechos consagrados en el Convenio.

Pero no solo se ha criticado esto, sino que con la DMA el Tribunal falla incluso en instanciar un estándar mínimo, ya que la revisión que realiza el Tribunal está fuertemente atada al contexto en que ella ocurre. Dado que el Margen de Apreciación “puede ser visto como una etiqueta sobre el alcance adecuado de la revisión supervisora del Tribunal”, entendiendo por alcance de la revisión “la intensidad del escrutinio judicial de una decisión impugnada con el fin de ver si constituye una violación injustificada de dichos estándares”, depende del contexto. En este sentido, sería la contrapartida del principio de proporcionalidad de la intervención estatal: el Tribunal interviene, cuando el estado miembro transgrede el estándar mínimo de protección de derechos; es decir, cuando las medidas que toma para alcanzar los fines que persigue, por más loables que éstos sean, implican una limitación muy acentuada de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

Por otra parte, hay críticas respecto de la idoneidad de la DMA respecto de la determinación del alcance de la revisabilidad: ella funciona más bien como un espectro, “que va desde la total deferencia (constituyendo una no-revisabilidad), en un extremo; pasando por estándares menos deferentes, hasta los más rigurosos estándares de justificación, de otro”, por lo que el Margen de Apreciación “puede fallar en capturar la sutileza de este espectro si previene la articulación de las razones para la deferencia en un caso particular” (MACDONALD, 1993: 84).

⁸³ Dicho enfoque metodológico, que el Margen de Apreciación puede ayudar a relevar teóricamente la función del Tribunal, fue enunciado por el juez Macdonald (véase MACDONALD, 1993: 85) y se encuentra en el epígrafe de esta parte introductoria. La distinción a la que me refiero, entre un concepto estructural y

En rigor, la distinción entre un problema conceptual y otro justificativo del Margen de Apreciación, se trata más bien de una propuesta metodológica respecto de cómo enfrentar dos cuestiones que el uso de DMA releva, y que abordaremos con mayor detalle en la Parte I y II siguientes: la construcción de un concepto de derechos humanos en el sistema europeo y el papel que le cabe al Tribunal en dicha construcción. La distinción que propongo, busca alcanzar cierta independencia teórica en la manera en que se concibe el Margen de Apreciación, para luego vincularla con ambas cuestiones. Es decir, mi propuesta busca ir desde la DMA hacia el concepto de derechos humanos y la función del Tribunal. Esto va en sentido contrario a la estrategia que adoptan buena parte de los críticos del Margen de Apreciación, a saber, desacreditar el uso de la DMA, ya sea contrabandeando una forma particular de concebir los derechos humanos, o bien, una forma particular de concebir la función del Tribunal.⁸⁴ Dicho esto, veamos en qué consisten ambos problemas.

El problema conceptual, guarda relación con el entendimiento del concepto de Margen de Apreciación, esto es, un problema relativo a la clase de cosa que es. Hay dos corrientes principales sobre este asunto. Hay quienes consideran que el Margen de Apreciación es un principio interpretativo del Convenio, construido a través de la jurisprudencia del Tribunal y cuyo destino final ha sido circunscrito al control de la aplicación de las cláusulas de limitación de derechos que contempla el Convenio. Así concebido, el Margen de Apreciación se uniría, como vimos, al principio de proporcionalidad, a la interpretación evolutiva, la interpretación autónoma, a la doctrina de la alternativa menos restrictiva y a doctrina del efecto paralizante.⁸⁵

Hay otros que consideran que el Margen de Apreciación es una directriz política (o políticas) del Tribunal. Esta es la posición defendida por ARAI-TAKAHASHI, 2011: 96-97. Para él, no se trata de un principio pleno, porque de serlo obligaría a los jueces nacionales o de Estrasburgo a su aplicación; tampoco posee capacidad para poder predecir las consecuencias normativas; ni permite una valoración del equilibrio general sobre una constelación de principios, en un sentido dworkiniano (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 96). Dado que la DMA tampoco es una norma (regla), entonces el autor se decanta porque sea una directriz política o políticas del Tribunal.

uno sustantivo de la DMA, fue enunciada por Letsas (véase LETSAS, 2007: 80-81) y será discutida en detalle en la Parte II.

⁸⁴ Este es, como veremos, el principal defecto en el fundamento de la distinción que defiende Letsas, entre un concepto estructural y otro sustantivo respecto de la DMA. Ambas cuestiones relativas al fundamento, serán tratadas en la Parte I y en la Parte II, respectivamente.

⁸⁵ Como vimos, a esta posición adhieren, entre otros, MATSCHER, 1993: 68 y ss; VAN DIJK *et al.*: 2006: 340.

Al respecto, sostendré que la DMA es mejor comprendida como un principio jurídico surgido de la jurisprudencia del Tribunal y articulado por éste en combinación con otros principios que informan su actuar.⁸⁶ Aunque el origen de este principio es jurisprudencial, su importancia para el sistema europeo de derechos humanos ha sido tal, que ha llegado a ser reconocido en el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a través del protocolo 15.⁸⁷

Esto causa problemas para la teoría que concibe la DMA como una directriz política, ya que, de hecho, gracias al protocolo de reforma N° 15, se incorporó al Convenio un párrafo final en su Preámbulo, donde se hace referencia explícita al Margen de Apreciación, el que señala:

⁸⁶ En el sentido de esta investigación, se entenderá por ‘doctrina’, no el trabajo sistematizador que realizan los juristas respecto de las disposiciones normativas, que es como tradicionalmente se considera dicha expresión por la Teoría del Derecho (que aquí denominaré, solo para evitar confusiones y de manera no peyorativa, ‘dogmática’), discutiéndose si ella es o no una fuente del derecho; sino más bien, como un principio o un conjunto de principios extraídos y sistematizados por los jueces de sus propias decisiones pasadas. Este es un sentido específico de la expresión ‘doctrina’, propio de los tribunales pertenecientes al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, en este ámbito, se debe entender la expresión doctrina como: “Un principio o posición, o el conjunto de principios o supuestos, en una rama del conocimiento o en un sistema de compensación; un principio de derecho establecido a través de las decisiones del pasado; un programa de acción de un Estado o grupo de Estados en diversos ámbitos de las relaciones internacionales, elevado al rango de una doctrina política (por ejemplo, la Doctrina Brezhnev)” (CONDÉ, 2004: 69).

⁸⁷ La Declaración de Brighton, realizada por el Consejo de Europa en la Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, celebrada entre el 19 y el 20 de abril de 2012, se reconoció su importancia:

11. La jurisprudencia del Tribunal deja claro que los Estados Partes gozan de un margen de apreciación en cómo aplican e implementan el Convenio, en función de las circunstancias del caso y de los derechos y libertades involucrados. Esto refleja que el sistema del Convenio es subsidiario a la salvaguardia de los derechos humanos a nivel nacional y que las autoridades nacionales están, en principio, en mejores condiciones que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. El margen de apreciación va de la mano con la supervisión bajo el sistema del Convenio. En este sentido, el papel del Tribunal es revisar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con el Convenio, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado.

Pero no solo ello, sino que, en su parte substantiva, la Declaración de Brighton contempla dos cuestiones sumamente importantes para el presente y futuro del Margen de Apreciación, por una parte, reconoce la DMA e incentiva al Tribunal a su uso, y por otra, sugiere incluir una referencia a ella en el Preámbulo del Convenio:

12. La Conferencia, por lo tanto: a) Acoge con satisfacción el desarrollo por el Tribunal en su jurisprudencia de principios como la subsidiariedad y el margen de apreciación, y alienta al Tribunal a dar una gran importancia y aplicar sistemáticamente estos principios en sus sentencias; b) Concluye que, por razones de transparencia y accesibilidad, una referencia al principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación tan desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal debe ser incluido en el Preámbulo del Convenio e invita al Comité de Ministros a adoptar que se modifique el instrumento necesario para fines de 2013, al tiempo que recuerda el compromiso de los Estados Partes para dar pleno efecto a su obligación de garantizar los derechos y libertades definidos en el Convenio.

Por ello, la importancia de la Declaración de Brighton para el margen de apreciación, fue destacada por diversos actores del sistema, principiando por el presidente del tribunal (SPIELMAN, 2013; 2014), así como por diversas organizaciones de DD.HH. (por ejemplo, Amnistía Internacional y el Institut de Drets Humans de Catalunya). Otro tanto han realizado los comentaristas (véase FØLLESDAL, 2016a; FABBRINI, 2015; FRANTZIOU, 2014; LEGG, 2012: vi; ELLIOTT, 2012). Para un análisis del proceso de deliberación tras la Declaración, véase LAMPRECHT, 2015: 270-275

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primordial de asegurar los derechos y libertades definidos por el Convenio y los Protocolos mismos, y que al hacerlo gozan de un margen de apreciación sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así que ahora, resulta difícil no concebir al Margen de Apreciación como un principio, teniendo en cuenta el lugar privilegiado que ocupa ahora en el Preámbulo del Convenio.

Sin embargo, esto que parece buenas noticias, no los son. En realidad, la incorporación del Margen de Apreciación al Preámbulo del Convenio puede ser vista como una dinámica que busca morigerar la influencia del Tribunal, lo que se ha tratado de hacer por dos vías: por una parte, a nivel nacional, fortaleciendo la protección constitucional de los derechos humanos y dificultando la revisión del Tribunal de las decisiones sobre derechos humanos a nivel nacional; y por otra, a nivel europeo, realizando “propuestas de reformas presionando la necesidad de más subsidiariedad y estableciendo un margen de apreciación más amplio” (LAMPRECHT, 2015: 258).

En cualquier caso, sea como principio interpretativo o como directriz política, no cabe duda que el Consejo de Europa ha reconocido la necesidad de seguir contando con el Margen de Apreciación. Dado que el interés aquí es tratar de elucidar cómo opera la práctica del Tribunal relativa al Margen de Apreciación, creo que no tiene sentido la postura que pugna por su eliminación; aunque sí creo que esta decisión política demanda, como veremos, una justificación. Aquí es donde cobra sentido lo señalado por el juez Macdonald, referido en el epígrafe, respecto del Margen de Apreciación: que su elucidación abre un camino para clarificar teóricamente la función del Tribunal.

Por ello, el problema conceptual más acuciante que aqueja a la DMA surge a la hora de determinar a cuáles derechos o libertades del Convenio se aplica. Defenderé una aproximación formal a esta cuestión, esto es, que la DMA se debe aplicar solo en el caso de derechos y libertades que cuenten con una cláusula de limitación. Las razones de esto quedarán claras hacia el final de la Parte I. En este sentido, el problema conceptual tiene que ver principalmente con la idea, bastante asentada en el debate, de que la aplicación de la DMA por parte del Tribunal “debilitaría la cualidad para regular conductas que posee las reglas”, es decir, erosionaría el entendimiento del Convenio como guía normativa (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 102). Esto, porque supuestamente favorecería una doble discrecionalidad: o el Tribunal tiene deferencia con la discrecionalidad de las autoridades nacionales, o ella misma ejerce sus poderes discrecionales.⁸⁸

⁸⁸ Véase ARAI-TAKAHASHI, 2011: 103-104

Por ello, en la Parte I de esta investigación, se abordará el problema conceptual de la DMA. La propuesta teórica que allí se defiende, supone enfrentar dicho problema a través de la identificación de criterios formales, los que deben ser clarificados a la hora de interpretar adecuadamente los derechos y libertades sobre los cuales se aplica el Margen de Apreciación estatal. Dichos criterios formales no solo han sido desarrollados por el Tribunal en su jurisprudencia, sino que también están implícitos en el Convenio *qua* sistema jurídico de protección de derechos humanos. Como se verá, estos criterios han sido descuidados en el debate sobre el tema, por lo que el objetivo principal en la Parte I será mostrar su relevancia para el Convenio en general y para la DMA en particular.

Por su parte, el problema justificativo, tiene que ver con las razones que permiten comprender la finalidad o propósito práctico del Margen de Apreciación, ya que éste produce tensiones al relacionarse con otros elementos que componen el sistema europeo de protección de los derechos humanos, siendo el más importante de todos, la noción de universalidad de los derechos, cuya manifestación más clara, como veremos, se expresa en la idea de que la DMA impide conformar estándares robustos de protección.⁸⁹ Justificación no quiere decir, como se verá en la Parte II, la apelación a un conjunto de normas morales o valores que permitan hacer esto; sino, más bien, a la elucidación de una finalidad práctica guiada por valores.

Respecto de la justificación, las críticas han caído sobre la afectación que hace la DMA a la idea misma del derecho internacional de los derechos humanos, amenazando la órbita de libertad y autonomía individual que los derechos humanos garantizan a todos los seres humanos. Se ha dicho que la DMA “puede redundar en un debilitamiento todavía mayor de la fuerza de los derechos convencionales frente al interés público y la voluntad estatal de los miembros del Consejo de Europa” (IGLESIAS, 2013: 6).

Por otra parte, como se afirmó más arriba, la DMA ha sido utilizada para equilibrar el poder revisor del Tribunal con la deferencia hacia la soberanía nacional de los Estados miembros, lo que presupone que el Tribunal requiere de la colaboración de los Estados miembros para garantizar los derechos. Esto, porque los Estados miembros:

[A]dhieren a diversas y a veces contradictorias concepciones de los derechos humanos, atribuibles a diferencias políticas, económicas, sociales y tradiciones culturales, la tarea del Tribunal es reconciliar la falta de homogeneidad en la audiencia como un todo con el reconocimiento y desarrollo de un efectivo y razonable estándar uniforme de protección para los derechos del Convenio en la jurisdicción de cada uno de las Altas Partes Contratantes (MACDONALD, 1993: 121).

⁸⁹ Para la conexión entre el Margen de Apreciación y el relativismo moral, véase BENVENISTI, 1999).

En este sentido, dada esta diversidad inherente de los Estados miembros, es posible justificar el Margen de Apreciación internamente, dentro de la práctica jurídica misma desde la que se desarrolla, en base al entendimiento del Convenio como *acquis conventionnel*, vale decir, como el acervo convencional “de principios claves para la interpretación y aplicación del Convenio” (BATES, 2010: 16).⁹⁰ Esto quiere decir, que el Margen de Apreciación sería el fruto del trabajo interpretativo del Tribunal con el fin de gestionar los conflictos que surgen de esta diversidad. Sin embargo, como veremos, esta explicación pragmática es insuficiente para capturar los elementos centrales de la práctica desde la que surge.⁹¹

Por ello, el problema justificativo parecería ser doble. Por un lado, la aplicación de DMA por parte del Tribunal, para muchos supone “la introducción de estándares relativistas y subjetivistas del derecho internacional”, lo que contribuye al establecimiento de estándares asimétricos respecto de los derechos humanos. Por otro, el Margen de Apreciación supone una “confianza desmedida en la justificación basada en la auto-regulación judicial, lo que correría el riesgo de fomentar un hábito de irresponsabilidad [*non-accountability*]” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 103). Estas críticas llevan a una lectura superficial del Convenio, aquella que ve en las limitaciones, y otras categorías de normas semejantes, ataques o afectaciones al ámbito o extensión de la protección de los derechos que consagra.

Por el contrario, y es menester declararlo así, aquí defenderé que la idea y desarrollo de la DMA son buenas noticias, toda vez que ella obedece a una necesidad de implementación de una categoría especial de derechos, esto es, aquellos que poseen cláusulas de limitación. La posibilidad de limitaciones a los derechos que el sistema del Convenio contempla, justamente se explicaría por dicha finalidad práctica, a saber, prever y gestionar los eventuales conflictos que existan entre, por una parte, los valores que subyacen a los derechos garantizados por el Convenio, y, por otra, a los valores que subyacen a las decisiones, judiciales, administrativas y legislativas, de los Estados miembros. Ello debería prevenirnos de caer en la antedicha lectura superficial del Convenio.

⁹⁰ Una definición más formal de *acquis conventionnel*, señala que son “todas aquellas cosas que son agregadas al texto de un tratado de derechos humanos por la práctica real y la experiencia, subsecuentemente a su entrada en vigencia, a través de su implementación, interpretación y aplicación” (CONDÉ, 2004: 5).

⁹¹ Cabe destacar que el enfoque metodológico que presentó aquí, contrasta fuertemente con otro enfoque que busca reflexionar sobre el Margen de Apreciación y sus presupuestos, más allá de la práctica del Tribunal. Un ejemplo paradigmático de este enfoque se encuentra en Legg, quien señala que: “Las discusiones teóricas emprendidas en este libro no tendrían que reflejar la práctica de los tribunales, ya que podrían implicar la teorización en abstracto o sugerir una reforma significativa de la práctica actual de los tribunales. Sin embargo, para que la teoría se relacione con estos sistemas, se requiere un grado suficiente de superposición entre la teoría y la práctica” (LEGG, 2012: 11).

En este sentido, defenderé que la DMA sería una herramienta idónea para alcanzar esta finalidad práctica. Con esto, adquiere sentido lo señalado por Delmas-Marty, referido en el epígrafe, respecto a que es en los espacios en blanco y en los márgenes, que el futuro del derecho, en este caso del derecho de los derechos humanos en Europa, se escribe.

Por lo tanto, ambos problemas, tanto el conceptual como el justificativo de la DMA, están entrelazados, porque la respuesta que aquí se ofrecerá pasa por elucidar la finalidad práctica que el Margen de Apreciación despliega, la que tiene que ver con la diversidad valorativa, el pluralismo como hecho, que existe en las sociedades europeas.⁹² Esta será la temática que se abordará en la Parte II. La tesis que defenderé allí será que el pluralismo valorativo sería una teoría adecuada para hacer frente al problema justificatorio de la DMA, ya que permite capturar de mejor manera la finalidad práctica de ella, a saber, interpretar el Convenio atendiendo a dicha diversidad valorativa. A su vez, defenderé que el pluralismo valorativo también permite hacer frente a las críticas que se han realizado a la DMA, ya que posibilita reinterpretar la amenaza que supone la DMA para la universalidad de los derechos humanos, superando la concepción trivial de ésta y, a su vez, reemplazándola por una concepción distinta, la de una universalidad cualificada, que sería uno de los presupuestos de la DMA.

Todas estas cuestiones permitirán defender la tesis que sostendré aquí sobre la Doctrina del Margen de Apreciación: un mecanismo utilizado por el Tribunal para regular la implementación del Convenio que realizan los Estados miembros, el que surge debido a la interacción entre el nivel nacional y europeo en que dicha implementación se despliega. En dicha interacción, el

⁹² Esta diversidad se expresa justamente en el reconocimiento de diferencias entre los Estados contratantes, que el sistema del Convenio permite y que el Margen de Apreciación posibilita. A este respecto se ha dicho que: “En varias situaciones y con respecto a varios derechos (o aspectos de los mismos), el Tribunal acepta expresamente las diferencias entre los Estados contratantes [...]: a) En algunos casos, el Tribunal revierte la exigencia de que el *principio* subyacente al derecho del Convenio invocado debe ser protegido, mientras que los Estados tienen discreción en cuanto a la forma en que estos derechos se aplican y en su posterior regulación [...]; b) La diversidad puede ser aceptada cuando la interpretación uniforme de una disposición del Convenio da como resultado una grave injerencia en el ordenamiento jurídico nacional [...]; c) Cuando se trate de la ‘moral’, o cuando exista una estrecha relación con importantes aspectos culturales, históricos o de otro tipo; d) En los casos motivados por la subsidiariedad de monitoreo internacional” (HERINGA, 1996: 141). De la misma opinión es Christoffersen, para quien: “La diversidad está expresamente autorizada por el Art. 56 (3), que permite a un Estado contratante extender el Convenio a territorios de los que es responsable. El Convenio ‘se aplicará en dichos territorios, sin perjuicio de las exigencias locales’. Lejos de constituir una excepción a una regla general de uniformidad, la disposición promulga el principio general de diversidad inherente al derecho internacional de los derechos humanos, así como a otras esferas del derecho internacional. La diversidad de las normas de derechos humanos en el marco del Convenio se aborda comúnmente en términos de margen de apreciación. La práctica jurídica y la doctrina sobre el Convenio tienen una larga tradición de aceptar el pluralismo y la diversidad en el marco del Convenio y desde hace mucho tiempo se reconoce que las normas pueden variar de acuerdo con las circunstancias que prevalecen en diferentes Estados” (CHRISTOFFERSEN, 2011: 195-196).

Margen de Apreciación se ubicaría entre la visión del Tribunal, que se basa en “la no-intervención y la revisión restrictiva que realiza en términos del principio de subsidiariedad”; y la visión de los Estados, que se basa en el principio de primeridad, que ha sido definido como “la obligación de implementación de los Estados y su interpretación independiente” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 5).⁹³ En este sentido:

Los sistemas domésticos de revisión de la conformidad de varias medidas legislativas, administrativas y judiciales, con los estándares del Convenio, varían grandemente de país en país. La uniformidad nunca ha existido en este campo. Por consiguiente, no es sorprendente que el Convenio deje un amplio margen de implementación a los Estados contratantes” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 359).

En consecuencia, el Margen de Apreciación controlaría la forma en que esta interacción, que se da a propósito de la implementación del Convenio, se produce. Esa visión sobre el papel de la DMA es novedosa, en la medida que contrasta con una idea en boga, que reconoce como misión fundamental del Tribunal la de alcanzar una armonización en la protección de los derechos y libertades que el Convenio consagra. En este sentido se ha dicho que:

Más allá de la armonización de la protección de los derechos fundamentales en Europa, que es un objetivo del Convenio europeo mismo (ver el Preámbulo), el que ha sido impulsado por los juicios y opiniones de las instituciones del Convenio; dichas instituciones están impedidas de dictar uniformidad, incluso en su propio campo. Más bien, ellas están obligadas a respetar, dentro de ciertos límites, la diversidad cultural e ideológica, y también la diversidad legal, características de Europa. (MATSCHER, 1993: 75).

Finalmente, como se verá, esta forma de comprender la DMA, esto es, explicarla y justificarla, no solo permite mostrar al sistema europeo de derechos humanos como un sistema jurídico interdependiente, basado en la aplicación ordenada de normas redundantes, cuya justificación se encuentra en el reconocimiento del pluralismo valorativo, lo que puede sentar las bases para concebirlo como un sistema jurídico plural; sino que, además, que el fin de la DMA consistiría en garantizar un espacio político europeo habitable, el que solo es posible en un esquema composable o practicable de derechos y libertades.⁹⁴ Lograr esto no supone, como podría pensarse, negando o tratando de disolver los conflictos que surgen en el intento jurídico, político y cultural de instanciar los derechos humanos, sino que, por el contrario, aceptando que en el derecho de los derechos humanos, el conflicto valorativo se encuentra en su corazón. De esta aceptación depende

⁹³ También como “la responsabilidad primaria de las autoridades nacionales en el sistema del Convenio” (BESSON, 2016: 71).

⁹⁴ La noción general de que los derechos deben situarse en esquemas compatibles entre sí, es obviamente de Rawls, y se encuentra así contenida en el primer principio de la justicia: “Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más amplio de iguales libertades básicas, compatible con un esquema similar de libertades para los demás” (RAWLS, 1999a: 53). La noción de conjunto composable de derechos proviene de Steiner (STEINER, 1977: 768); la metáfora del espacio habitable, de Moreso (MORESO, 2009: 110); y la de esquema practicable, de Rawls (RAWLS, 1993: 298).

en gran medida el éxito de la visión que ve al Convenio como la piedra angular de la Constitución de Europa.

Parte I. La práctica bien delimitada.

“Laws however are things which are
generally found in multitudes:
insomuch that there is no state in which,
if there be found one law
there are not found a multitude
of others at the same time”
Jeremy Bentham.⁹⁵

The Germans in Greek
Are badly to seek.
All, save only Hermann—
And Hermann’s a German!⁹⁶

⁹⁵ BENTHAM, 1970: 93; 2010: 251.

⁹⁶ WILLIAMS, 1988: 278, la que sería una versión corrupta (véase DUARTE D’ALMEIDA, 2015a: 46 n.42) del original de Richard Porson (1759-1808), clasicista de Cambridge, quien creó esta pulla contra su colega y rival alemán Johann Gottfried Jakob Hermann (1772-1848), parafraseando un famoso poema de Focílides (circa 560 a.C.): “Και τοδε Φωκυλιδew: Λεριοι κακοι, ουχ ο μεν, ος δ’ ου, παντες, πλην Προκλεους, και Προκλεης Λεριος / También esto es de Focílides: los lerios son unos malvados, no unos sí y otros no, sino todos excepto Procles; y Procles es un lerio” (ADRADOS, 1990: 234).

1. Un intento de elucidación.

Afirmé en la parte introductoria, que la DMA queda mejor delineada conceptualmente si se la circunscribe al control que hace el Tribunal de las cláusulas de limitación que buscan aplicar los Estados. Tomemos un ejemplo de la forma de razonamiento que el Tribunal adopta en estos casos y el lugar que ocupa el denominado test de tres pasos.

En el caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, el Tribunal tuvo que determinar si una ley dictada por el Parlamento, la *Local Government and Housing Act* de 1989 junto a otras regulaciones que fueron fruto del trabajo de un comité de estudios (Widdicombe Committee), cuyo propósito era limitar la participación de ciertas categorías de funcionarios del gobierno local en actividades políticas, suponía una violación al Art. 10 del Convenio, al constituir dichas regulaciones “una interferencia injustificada con su derecho a la libertad de expresión” política.⁹⁷ El razonamiento del Tribunal sobre este caso, incorporó:

(1a) La elucidación sobre “la aplicabilidad del artículo 10 y la existencia de una interferencia”, señalando a este respecto que “las garantías contenidas en el artículo 10 del Convenio se extienden a las demandantes con independencia de su condición de servidores públicos empleados por las autoridades locales”. En otras palabras, lo primero que estableció el Tribunal fue el alcance del Art. 10, al señalar que éste se aplica a todas las personas, independiente que sean funcionarios públicos;

(1b) Luego agrega que “las reglamentaciones interfirieron con el ejercicio por los demandantes de su derecho a la libertad de expresión al restringir de diversas formas su participación en determinadas formas de actividades políticas”, especificando a continuación qué actividades fueron afectadas (no poder presentarse a cargos electivos, dimitir de sus posiciones respectivas, no poder apoyar las campañas políticas para sus mujeres en elecciones locales y no poder actuar como presidente parlamentario de partido).⁹⁸ En otras palabras, aquí el Tribunal califica a las regulaciones dictadas como interferencias con el derecho, teniendo presente el alcance del derecho en cuestión definido previamente: si el alcance del derecho incluye a los funcionarios públicos, una ley que limite ese derecho de los funcionarios públicos, configura una interferencia con ese derecho;

⁹⁷ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §39.

⁹⁸ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §41.

(2) A continuación el Tribunal analiza “si las interferencias estaban justificadas”, señalando que “las interferencias antes mencionadas dan lugar a una infracción del artículo 10, a menos que pueda demostrarse que están ‘prescritas por la ley’, persiguen uno o más objetivos legítimos tal como se definen en el párrafo 2 y son ‘necesarias en una sociedad democrática’ para alcanzarlas”.⁹⁹ Este es el denominado test de tres pasos. En otras palabras, el Tribunal declara que las interferencias antedichas infringen el art. 10, a menos que ellas estén justificadas mediante el test de tres pasos, lo que quiere decir es que, dado el alcance del derecho en cuestión, las regulaciones dictadas por el Estado solo constituyen interferencias, *prima facie*, de ese derecho. Aquí es donde el Tribunal afina la extensión de la protección establecida por el derecho, ya que dichas interferencias *prima facie* solo infringirán el derecho, violándose la protección a ese derecho que el Estado se obligó a cumplir con el Convenio, si ellas no aprueban el test de tres pasos, porque si lo aprueban, entonces, el Estado no incumple su obligación de protección de ese derecho o libertad: se considera, entonces, que dichas interferencias legítimas son un límite a la extensión de su protección, una limitación al derecho o libertad en cuestión.¹⁰⁰

Dentro del test de tres pasos que evalúan las interferencias, el Tribunal considera que el el paso más relevante es la determinación de si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática. Es en este paso donde cabe la aplicación del Margen de Apreciación, junto a otros principios y estándares claves reconocidos y desarrollado por el Tribunal,¹⁰¹ muchos de los cuales, como

⁹⁹ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §42.

¹⁰⁰ Esta estructura básica del razonamiento del Tribunal, donde se distinguen claramente dos etapas, a saber, la determinación del alcance del derecho y la legitimidad de las interferencias, ha llevado a algunos autores a explicar dicho razonamiento en términos de razones de primer y segundo orden. Así, el razonamiento del Tribunal en estos casos, por ejemplo, el caso *Handyside*, ha sido interpretado de la siguiente manera: “Al tomar esta decisión, el Tribunal consideró una serie de factores pertinentes, algunos de los cuales llevaron a reconocer al Estado un margen de apreciación, que no formaban parte de las razones de primer orden para determinar si había habido una violación del artículo 10, tales como la objeción del contenido o la naturaleza de las restricciones del Reino Unido, sino que estos factores revelaron razones de segundo orden, razones para considerar las razones del primer orden de forma diferente” (LEGG, 2012: 28). Volveremos sobre esta cuestión en la Parte II.

¹⁰¹ Vimos que, en este paso, el Tribunal considera varios principios y estándares que le permiten llegar a la conclusión si la medida de interferencia satisface este paso del test. Así el Margen de Apreciación se une en este paso al “principio de proporcionalidad, a la interpretación evolutiva, a la interpretación autónoma, a la doctrina de la alternativa menos restrictiva y a la doctrina del efecto paralizante” (VAN DIJK *et al.*: 2006: 340), los que se deben ayudar a establecer “si la ‘interferencia denunciada corresponde a una ‘necesidad social imperiosa’, si es ‘proporcional al objetivo legítimo perseguido’, si las razones presentadas por las autoridades nacionales para justificarlas son ‘relevantes y suficientes’”, caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, §62. Asimismo, al Tribunal le cabe aplicar también el principio del equilibrio justo, para determinar “si las medidas impugnadas alcanzan un equilibrio justo entre los intereses pertinentes, a saber, los derechos del individuo protegidos por el Convenio, por un lado, y los intereses de la comunidad, por el otro”, caso *Slivenko v. Latvia*, aplicación No. 48321/99, sentencia de 9 de octubre de 2003, §113.

vimos, se traslapan conceptualmente con él, como son los principios de subsidiariedad y primeridad.¹⁰²

Volviendo al análisis sobre la necesidad de la medida de interferencia, el Tribunal señaló tres principios generales aplicables en este caso:

I) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y la realización personal de cada individuo; II) El adjetivo ‘necesario’, en el sentido del artículo 10 § 2, implica la existencia de una ‘necesidad social acuciante’. Los Estados contratantes tienen un cierto margen de apreciación al evaluar si existe tal necesidad, pero va de la mano de una supervisión europea que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por tribunales independientes. Por consiguiente, el Tribunal está facultado para pronunciarse definitivamente sobre si una ‘restricción’ puede conciliarse con la libertad de expresión protegida por el artículo 10; III) En el ejercicio de su competencia de control, la Corte no debe sustituir a las autoridades nacionales competentes, sino examinar las decisiones que adoptó en virtud de su derecho de apreciación con arreglo al artículo 10.¹⁰³

Pero, como vimos, dado que las limitaciones exhiben una estructura triádica (en este caso: derechos en conflicto, contexto y principios), es relevante no solo la evaluación de la necesidad de la medida (tercer paso), sino que también la calificación que el Tribunal realiza de las medidas de interferencia de los Estados bajo uno de los fines u objetivos declarados en la cláusula de restricción de que se trate (segundo paso). Aquí, como vimos, es donde cobran relevancia los principios.

Según lo antedicho, los tres principios que el Tribunal menciona (democracia, necesidad social apremiante y no-sustitución), al momento de calificar las interferencias *prima facie* (medidas de interferencias), provienen del contexto en el que se aplica: el contexto es el funcionamiento normal de una democracia.¹⁰⁴ Son estos principios los que delimitan las alternativas conceptuales

¹⁰² La subsidiariedad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, tiene dos caras: una de ellas corresponde al principio de primeridad, donde son los Estados quienes “tienen la responsabilidad primordial de garantizar los derechos humanos bajo su jurisdicción”; la otra la constituyen las instituciones internacionales de derechos humanos, “las que tienen un poder de revisión complementario en los casos en que las normas internacionales mínimas de derechos humanos no están protegidas de manera efectiva en el país”. Por ello, existen tres tipos de subsidiariedad en este ámbito: “la ‘procedimental’, cuando se refiere al poder o la competencia real del tribunal u órgano internacional de derechos humanos para revisar (i.); la ‘sustantiva’, cuando califica la intensidad de esa revisión (ii.); y la ‘correctiva’, cuando se refiere al alcance de la revisión (iii)” (BESSON, 2016: 78).

¹⁰³ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §55.

¹⁰⁴ Esto lo deja claro el Tribunal en su razonamiento: “El Tribunal no acepta el argumento de los demandantes de que la protección de una democracia efectiva sólo puede invocarse como justificación de las limitaciones de los derechos garantizados en el artículo 10 en circunstancias en que existe una amenaza a la estabilidad del orden constitucional o político. Limitar esta noción a ese contexto sería pasar por alto los intereses de las instituciones democráticas, como las autoridades locales, y la necesidad de velar por su

de limitación de derechos que enfrenta el Tribunal, en miras a resolver el conflicto que se le plantea, a saber, si limita el derecho que tienen los demandantes a la libertad de expresión (en su dimensión política), que garantiza el art. 10 del Convenio; o bien, el derecho a elecciones libres, interpretado como el derecho a gozar de una democracia política efectiva, que garantiza, sin cláusula de limitación expresa, el art. 3 del Protocolo No. 1, cuyos titulares son, en particular, los miembros del consejo y, en general, el electorado.

Por ello, califica de la siguiente manera el problema que se le presenta: “el Tribunal concluye que las interferencias que resultaron de la aplicación del Reglamento a los demandantes perseguían un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 10, a saber, proteger los derechos de otros, miembros del consejo y del electorado, a una democracia política efectiva a nivel local”.¹⁰⁵ La adopción de esta alternativa termina a la larga delineado la manera en que el Tribunal resuelve el conflicto:

La investigación del Tribunal consiste en determinar, a la vista de los principios antes mencionados [...], si las restricciones impuestas a las demandantes correspondían a una ‘apremiante necesidad social’ y si eran ‘proporcionadas’ respecto del objetivo de proteger los derechos de los demás a una democracia política efectiva a nivel local. Al hacerlo, también debe tener en cuenta que, cuando se trata del derecho a la libertad de expresión de los funcionarios públicos, como los demandantes, los ‘deberes y responsabilidades’, a que se refiere el artículo 10(2), asumen una importancia especial, que justifica dejar a las autoridades del Estado demandado un cierto margen de apreciación para determinar si la injerencia impugnada es proporcional al objetivo tal como se ha expuesto [...].¹⁰⁶

Finalmente, el Tribunal reconoce que, dado el contexto del que se trataba, la respuesta del legislador (a sugerencia del comité de estudios) para limitar esos derechos fue adecuada. Más aún, el Tribunal reitera la que ha sido, como vimos, su opinión consistente desde el caso *Belgian Linguistic*, y ciertamente en su jurisprudencia posterior sobre la DMA:¹⁰⁷ que el Margen de

correcto funcionamiento cuando ello se considere necesario para salvaguardar esos intereses”, caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §52. Con esto, el Tribunal está diciendo dos cosas. La primera, el derecho a una democracia efectiva puede ser restringido, esto es, que ese derecho no es absoluto. La segunda, que no solo cabe ser limitado en estados de emergencia constitucional, ya que en dicho caso estaríamos frente a la derogación en aplicación del art. 15 del Convenio, sino que también cabe hacerlo en pos de velar por ciertos intereses (de las instituciones democráticas y para su correcto funcionamiento, que interesa a toda la comunidad política).

¹⁰⁵ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §54.

¹⁰⁶ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §61.

¹⁰⁷ Caso *Belgian Linguistic* (“Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. *Belgium*, aplicaciones Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968. Pero el *locus* clásico estaría en el caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §57. Finalmente, como vimos, en un caso reciente donde se aprecia claramente esta cuestión, el Tribunal señaló enfáticamente que: “Las diferencias en las normas aplicadas por los Estados pueden, por lo tanto, ser consideradas como incluidas en el alcance del margen

Apreciación cubre las variaciones o la diversidad de maneras en que los Estados miembros implementan los derechos consagrados en el Convenio, lo que supone realizar diversas limitaciones sobre ellos, las que dependen de los contextos históricos, económicos, políticos, culturales, sociales, etc., donde se llevan a cabo:

A juicio del Tribunal, el Comité Widdicombe había identificado una necesidad social urgente de actuar en esta esfera. La adopción del Reglamento que restringe la participación de ciertas categorías de funcionarios de gobierno local, que se distingue por la sensibilidad de sus funciones, en las formas de actividad política, puede considerarse una respuesta válida por parte del legislador para atender a dicha necesidad, una respuesta que estaba dentro del margen de apreciación del Estado demandado. A este respecto, debe observarse que la organización de la democracia local y las disposiciones para garantizar su funcionamiento, financiación y rendición de cuentas de las autoridades locales, son cuestiones que pueden variar de un Estado a otro teniendo en cuenta las tradiciones nacionales. Tal es, sin duda, también el caso con respecto a la regulación de las actividades políticas de los funcionarios de los gobiernos locales, cuando éstas se perciben como un riesgo para el funcionamiento eficaz de la democracia local, sobre todo cuando el sistema, como en el caso del Estado demandado, históricamente se basa en el papel de un cuerpo permanente de asesores, administradores y árbitros políticamente neutrales, por encima de la política faccional y leales al concejo en su conjunto.¹⁰⁸

Por ello, termina concluyendo que no hubo violación al art. 10, debido a que dichas regulaciones a las actividades políticas de los funcionarios municipales, adoptadas por el legislador, que interfieren *prima facie* con sus derechos, caen dentro del Margen de Apreciación otorgado a los Estados, constituyéndose, por lo tanto, como una limitación legítima a esos derechos.¹⁰⁹

Finalmente, hay una cuestión importante que conviene aclarar. El test de tres pasos, en general, está orientado a resolver el caso en cuestión, en la medida de que la respuesta que es capaz de proveer es binaria: o las interferencias son ilegítimas o injustificadas y por lo tanto constituyen una violación de la obligación que tenía el Estado de proteger o garantizar el derecho o libertad de que se trate, o bien, son justificadas o legítimas y por lo tanto no constituyen una violación de dicha obligación. Por esta razón, suponer que el resultado de la aplicación del test de tres *es toda* la operación que el Tribunal realiza respecto de la limitación de derechos, es un error conceptual relativo a la incapacidad de identificar su finalidad práctica.

de apreciación”, caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

¹⁰⁸ Caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §62

¹⁰⁹ “Habida cuenta de la necesidad que dichas reglamentaciones persiguen y del margen de apreciación del Estado demandado en este ámbito, las restricciones impuestas a los demandantes no pueden considerarse una injerencia desproporcionada en los derechos que les confiere el artículo 10 del Convenio. El Tribunal concluye, por lo tanto, que no ha habido violación del artículo 10 del Convenio por la existencia de la legislación y su impacto en los derechos de los demandantes bajo este artículo en las circunstancias del presente caso”, caso *Ahmed and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 65/1997/849/1056, sentencia de 2 septiembre de 1998, §65.

Dicha incapacidad surgiría de considerar la operación de limitación de derechos como un producto residual de otra operación, una que busca determinar si hubo o no violación de las obligaciones que el Convenio impone a los Estados parte. Por el contrario, aquí definiendo que, en realidad, se trata de dos operaciones conceptualmente distintas, la de limitar derechos y la determinar si hubo violación de las obligaciones que impone el Convenio. Es obvio que la segunda depende de la primera: si el Tribunal considera que hay cabida para una limitación de derechos, entonces se pregunta si hubo o no violación de dichas obligaciones. Sin embargo, en la práctica, ambas operaciones se traslapan en la decisión del Tribunal.

Por ello, me parece más adecuado discutir aquí esta cuestión desde una perspectiva distinta: de qué manera el Tribunal decide la medida de limitación, es decir, si frente a un conflicto entre derechos, cuál derecho o libertad decide limitar o restringir; o, si frente a un conflicto entre un derecho y un fin u objetivo público, debe prevalecer el derecho (con una determinada extensión de su protección) o el fin u objetivo que limita el ámbito de su protección.¹¹⁰ Esto presupone que el Tribunal, cuando está decidiendo un caso, no solo decide lo que importa a ese caso, si tal o cual interferencia *prima facie* constituye una interferencia legítima o ilegítima, sino que también debe supervisar un esquema composable o practicable de derechos y libertades que, por una parte, respete la diversidad de los Estados miembros y, por otra, no impida que cumpla con su misión de “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos”, como lo establece el art. 19 del Convenio. Esta sería su genuina finalidad práctica.

Esta es la razón de por qué las cláusulas de limitación son conocidas también como cláusulas de acomodación y en el control de su aplicación el Margen de Apreciación juega un papel protagónico.¹¹¹ La distinción entre ambos tipos de operaciones, limitar y determinar si hubo o no violación, puede apreciarse con claridad en el caso del examen de admisibilidad de las demandas, donde el Tribunal se autoimpone la aplicación informal del test de tres pasos (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §394), pudiendo concluir, sin entrar en el fondo del asunto, que determinada

¹¹⁰ Por ejemplo, en el caso *Lingens* el Tribunal consideró este punto: “el Gobierno afirmó que en el presente caso existía un conflicto entre dos derechos garantizados en el Convenio: la libertad de expresión (art. 10) y el derecho al respeto de la vida privada (art. 8). La interpretación bastante amplia que la Comisión había adoptado sobre el primero de estos derechos no consideraba suficientemente la necesidad de salvaguardar el segundo derecho. Sobre este último punto, el Tribunal observa que las palabras pronunciadas contra el Sr. Lingens se referían a ciertas condenas públicas del Sr. Wiesenthal por el Sr. Kreisky [...] y a la actitud de este último como político hacia el nacionalsocialismo y los ex nazis [...] En consecuencia, no es necesario leer el artículo 10 a la luz del artículo 8”, caso *Lingens v. Austria*, aplicación No. 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986, §37-38.

¹¹¹ La etiqueta cláusulas de acomodación, se la debemos a O'DONNELL, 1982: 477.

medida de interferencia configura una limitación de derechos, quedando cubierta bajo el Margen de Apreciación estatal.

Resultaría extraño, entonces, seguir sosteniendo que el Tribunal no pudiera declarar que determinada medida de interferencia limita legítimamente un derecho sin, a su vez, determinar que no hubo violación a las obligaciones del Convenio, ya que esto debería hacerlo una vez que conociese el fondo del asunto aplicando el test de tres pasos, lo que *ex hypotesi* no puede hacer en el examen de admisibilidad, sino solo de una manera informal.¹¹² Es obvio, entonces, que la aplicación informal del test de tres cumple otro papel distinto de solo determinar si hubo o no violación de las obligaciones que impone el Convenio. En realidad, dicho test aquí valida una determinada limitación de derechos, para lo cual el Tribunal acude al Margen de Apreciación.

Mi propuesta aquí es que, con esta operación de limitación, el Tribunal buscaría supervisar un esquema composable o practicable de derechos y libertades. A mi juicio, esto fue exactamente lo que el Tribunal hizo en el caso *Dahlab*, analizado en la introducción.¹¹³

En suma, lo anterior es, a grandes rasgos, la forma en que el Tribunal razona en relación a la aplicación de las cláusulas de limitación, la que depende de su estructura triádica. Vimos también el papel que le cabe al Margen de Apreciación dentro de esa forma de razonamiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, veamos ahora de qué manera el Tribunal concibe de forma general, es decir, ya no caso a caso, la magnitud del Margen de Apreciación que, con el propósito de determinar la limitación de ciertos derechos consagrados en el Convenio, está dispuesto a concederle a los Estados.

Sobre la DMA hay un hecho incontrovertible: hay materias donde el Tribunal ha ampliado y otras donde ha restringido su aplicación. Un ejemplo donde usualmente ha ampliado dicho Margen de Apreciación han sido los asuntos sobre moralidad pública y libertad de religiosa. A este respecto, el Tribunal ha dicho:

Al igual que en el caso de la “moral” no es posible discernir en toda Europa una concepción uniforme de la importancia de la religión en la sociedad (véase la sentencia *Müller y otros v. Suiza* de 24 de mayo de 1988, §35); incluso dentro de un mismo país tales conceptos pueden variar. Por esa razón, no es posible llegar a una definición amplia de lo que constituye una interferencia admisible con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando dicha expresión se dirige contra los sentimientos religiosos de los

¹¹² Por esta razón, en la *Guía* se señala que “La motivación de la decisión de inadmisibilidad es entonces idéntica o análoga a la que Tribunal adoptaría en una sentencia que declara en relación con el fondo del asunto, que no hay violación del Convenio” (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §397).

¹¹³ Hacia el final de esta Parte I volveremos sobre este asunto.

demás. Por tanto, un cierto margen de apreciación se va a dejar a las autoridades nacionales en la evaluación de la existencia y el alcance de la necesidad de que existan interferencias.¹¹⁴

Además del caso *Leyla Şahin v Turkey* ya mencionado antes, el Tribunal ha tenido ocasión de formular este criterio en otros casos, donde se han ventilado limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Por otra parte, un ejemplo donde el Tribunal ha restringido el Margen de Apreciación, ha sido el caso *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, donde el tribunal tuvo que analizar si la práctica de la religión en el espacio público, mediante una vestimenta religiosa determinada, podía ser restringida en la medida de la naturaleza pública del lugar, de la alteración al orden público o del proselitismo religioso que ella significaba. El caso se trataba del grupo religioso *Aczmeni tarikati*, cuyos miembros fueron encarcelados por realizar una ceremonia religiosa en las afueras de una mezquita en Ankara.¹¹⁵

En dicho caso, el Tribunal señaló que “los solicitantes son ciudadanos de a pie: no son representantes del Estado en el ejercicio de la función pública [...] Así que no pueden ser sometidos por esto al estatus de oficial, el que impone la obligación de discreción en la expresión pública de sus creencias religiosas”. Asimismo, señaló que:

Los solicitantes fueron castigados por las vestimentas que llevaban en lugares públicos, abiertos a todos, como son las plazas. Por lo tanto, no se trata del uso de símbolos religiosos en instituciones públicas, en el que el respeto a la neutralidad respecto a las creencias puede prevalecer sobre el libre ejercicio del derecho a manifestar su religión. De ello se deduce que la jurisprudencia de la Corte haya hecho especial hincapié, en la importancia del papel de las decisiones nacionales que prohíben el uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas (véase, entre otros, *Leyla Sahin*, antes citada, § 109), la que es aplicable en este caso.¹¹⁶

¹¹⁴ Caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, aplicación No. 13470/87, sentencia del 20 de septiembre de 1994, §50.

¹¹⁵ Esto, en virtud del artículo 174 de la Constitución de Turquía, de la Ley N° 671 de 25 de noviembre 1341 (1925) sobre el uso de sombreros y Ley N° 2596 del 3 de diciembre de 1934 que regula el uso de determinadas prendas de vestir.

¹¹⁶ Caso *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, aplicación No. 41135/98, decisión definitiva 4 de octubre de 2010, §48-49. En esta decisión, hay opinión concordante del Juez Sajó, la que señala: “Estoy de acuerdo con la mayoría que, en las circunstancias particulares del caso, sancionar a los solicitantes, por estar en la calle con una túnica y un turbante específico después de una ceremonia religiosa, infringiría su derecho a manifestar su religión. Por respeto para el sistema constitucional de Turquía secular, y con el fin de evitar cualquier malentendido, me parece necesario explicar por qué este juicio es, en mi opinión totalmente compatible con el laicismo, que es un valor constitucional fundamental de Turquía, y cómo se empareja con el margen de apreciación aplicable [...] El respeto por el laicismo impone obligaciones al Estado, no a los individuos, que sin embargo se espera que se comporten de acuerdo con las exigencias del orden público. Este es sin duda el sistema constitucional nacional que consiste en identificar los valores fundamentales de un orden estatal y público, sus requisitos y los instrumentos necesarios para defender dicho orden. Como parte de su discreción, el Estado debe definir las medidas que deben tomarse para poner en práctica los

El Tribunal concluye que la limitación a esta libertad no fue necesaria y, por tanto, declaró que Turquía vulneró la libertad de manifestación de las creencias religiosas de los solicitantes.¹¹⁷

Otro caso más reciente ha sido el caso *Lautsi v. Italy*, donde el Tribunal ha reiterado la idea central del Margen de Apreciación de que “los Estados Contratantes disfrutan de un amplio margen de apreciación en la determinación de las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento del Convenio con la debida atención a las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos”.¹¹⁸ Sin embargo, presenta el papel del Tribunal, en la revisión de ese Margen de Apreciación, de una manera sugerente, como el control de un arreglo o acomodo de derechos en un contexto particular:

El hecho es que los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación en sus esfuerzos para avenir [*reconcile*] el ejercicio de las funciones que asumen en relación con la educación y la enseñanza con el respeto al derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a su propias convicciones religiosas y filosóficas.¹¹⁹

Finalmente, el caso *S.A.S. v. France*, ya mencionado, el Tribunal ha dicho que incluso aceptando que “prohibir a todos usar vestimentas diseñadas para cubrir el rostro en lugares públicos, por parte del Estado, ha restringido el alcance del pluralismo, dado que la prohibición impide a ciertas mujeres expresar su personalidad y sus creencias al usar el burka en público”; no obstante, a juicio del Tribunal “el Estado demandado busca la protección del principio de interacción entre individuos, que desde este punto de vista es esencial para la expresión no solo del pluralismo, sino de la tolerancia y espíritu de apertura [*broadmindedness*] sin la cual no hay sociedad democrática [...] Se puede decir que la cuestión de si o no se debería permitir usar burka en lugares público constituye una elección de la sociedad”.¹²⁰

En consecuencia, el Tribunal debe ejercer “cierto grado de moderación en su revisión del cumplimiento del Convenio, ya que tal revisión le conducirá a valorar el equilibrio que se ha logrado por medio de un proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión”. Destacando el

objetivos constitucionales, como en el caso de la laicidad, siendo compatibles con el Convenio circunstancias históricas específicas, que permitan tomar medidas específicas a nivel nacional dentro de la discreción del Estado”.

¹¹⁷ Caso *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, aplicación No. 41135/98, decisión definitiva 4 de octubre de 2010, §52.

¹¹⁸ Caso *Lautsi and others v. Italy*, aplicación No. 30814/2006, sentencia de 18 de marzo de 2011, § 61.

¹¹⁹ Caso *Lautsi and others v. Italy*, aplicación No. 30814/2006, sentencia de 18 de marzo de 2011, § 69.

¹²⁰ Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §153. En lo sucesivo, traduciré ‘*broadmindedness*’ como ‘espíritu de apertura’, porque creo que captura mejor lo que el Tribunal quiere decir, en vez de expresiones análogas como ‘tolerancia’ (que sería redundante, ya que el Tribunal se refiere también a ‘tolerance’), ‘de mente abierta’ o ‘amplitud mental’ (las que serían muy literales y, *a contrario*, ofensivas para ciertos colectivos).

principio establecido por el Tribunal de que “en cuestiones de políticas generales, en las que las opiniones pueden ser razonablemente muy diferentes dentro de una sociedad democrática, el papel del legislador doméstico tendrá un peso especial [...] En otras palabras, Francia tiene un amplio margen de apreciación en el presente caso”.¹²¹

Lo más relevante de los casos planteados, es la reafirmación de cuáles son las condiciones generales de aplicación del Margen de Apreciación: cuando no existe una base común, un consenso, entre los Estados miembros. Por ello concluye el Tribunal que:

Se puede decir de esta manera que en Europa no existe un consenso en cuanto a si hay o no debería haber una prohibición general del uso del velo integral en los espacios públicos [...] En consecuencia, habida cuenta, en particular, de la amplitud del margen de apreciación concedido al Estado demandado en el presente caso, el Tribunal considera que la prohibición impuesta por la Ley de 11 de octubre de 2010 puede considerarse proporcional al objetivo perseguido, A saber, la preservación de las condiciones de “convivencia” como elemento de la “protección de los derechos y libertades de los demás”.¹²²

Por ello, una de las conclusiones más relevantes a la que ha llegado el Tribunal, respecto de la aplicación del Margen de Apreciación, ha sido que solo cabe aplicarlo ante la ausencia de tal consenso.¹²³

En lo sucesivo, veremos qué quiere decir exactamente esta idea y cómo ella permite articular una respuesta al problema conceptual que aqueja a la DMA. Asimismo, veremos en la Parte II, que la justificación del Margen de Apreciación supone dar respuesta a la pregunta de por qué, en primer lugar, el Tribunal debería ser sensible a la presencia o ausencia de consenso sobre la manera de concebir los derechos humanos que el Convenio protege.

Además, la idea de consenso es importante, ya que se la ha relacionado con dos de las metodologías que utiliza el Tribunal para acomodar los estándares sobre derechos (véase ARAI-

¹²¹ Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §154-155.

¹²² Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §156-157.

¹²³ Un poco antes, en el mismo caso, el Tribunal incluso considera una base cuantitativa para determinar si se está o no en presencia de tal consenso: “Esto es particularmente cierto, porque hay poco terreno común entre los Estados miembros del Consejo de Europa [...] en cuanto a la cuestión del uso del velo toda la cara en público. El Tribunal observó que, contrariamente a la presentación de una de las partes coadyuvantes de terceros, no existe un consenso europeo contrario a la prohibición. Es cierto que, desde un punto de vista estrictamente normativo, Francia está en una posición minoritaria en Europa: a excepción de Bélgica, ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa, hasta la fecha, optó por tal medida. Hay que destacar, sin embargo, que el tema del uso del burka en público es o ha sido un tema de debate en varios Estados europeos. En algunos, se ha decidido no optar por una prohibición general. En otros, tal prohibición aún está siendo considerada. Se debería añadir que, con toda probabilidad, la cuestión del uso del burka en público no es simplemente un problema del todo, ya que en varios Estados miembros esta práctica es poco común [...]”. Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §156.

TAKAHASHI, 2011: 107 y ss.) y, en principio, limitar la aplicación del Margen de Apreciación (véase HERINGA, 1996: 109). Una metodología, consiste en las técnicas de interpretación evolutiva y autónoma.¹²⁴ La primera, la interpretación evolutiva, es “un método dinámico, en vez de uno estático e histórico” (MATSCHER, 1993: 68), que implica, como el propio Tribunal ha señalado, que “el Convenio es un ‘instrumento vivo’, que debe interpretarse de acuerdo con las condiciones actuales” (LETSAS, 2010: 527).¹²⁵

La segunda, la interpretación autónoma, señala que, frente a la pregunta de “si el Tribunal debe definir las cláusulas del Convenio en relación con el significado que tienen en el derecho interno del Estado demandado”, se debe responder que “el significado de muchos términos jurídicos en el Convenio es autónomo, no necesariamente el mismo que el que se encuentra en la tradición jurídica del Estado demandado” (LETSAS, 2010: 523-524).¹²⁶ El fin de ambas es imprimir un

¹²⁴ Algunos agregan a ellas la DMA, como un tercer canon de interpretación, considerándola como “una doctrina de autocontrol [*self-restraint*] judicial [...] que otorga a los Estados miembros para evaluar el cumplimiento de ciertas disposiciones del tratado” (CAROZZA, 1998: 1220). Veremos en detalle, en la Parte II, por qué esta concepción, en principio correcta, debe ser matizada, a fin de evitar confusiones respecto del papel que le corresponde al Tribunal en el proceso de interpretación y adjudicación de los derechos del Convenio que contienen una cláusula de limitación.

¹²⁵ Desde el caso *Tyrer v. United Kingdom*, aplicación No. 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1978, §31, donde el Tribunal señaló que “el Convenio es un instrumento vivo que, como ha subrayado acertadamente la Comisión, debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. En el presente asunto, el Tribunal no puede sino estar influenciada por la evolución y las normas comúnmente aceptadas en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito. De hecho, el Fiscal General de la Isla de Man mencionó que durante muchos años se estaban revisando las disposiciones de la legislación de Manx relativas al castigo corporal judicial”. Es importante destacar que calificar a esta interpretación como evolutiva o dinámica puede ser problemática, ya que puede el uso indiscriminado de las etiquetas podría inducir a error: “prefiero hablar de interpretación evolutiva en vez de dinámica. La sociedad puede ser dinámica, y así también la legislatura, pero no un tribunal. La tarea de este último es solamente interpretar una disposición legal a la luz de conceptos e ideologías intelectuales actuales. Esta, y solo ésta, es en mi opinión la definición de interpretación evolutiva” (MATSCHER, 1993: 70).

¹²⁶ Esta técnica fue implementada desde el caso *Engel and Others v. The Netherlands*, aplicaciones Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72, sentencia de 8 de junio de 1976, donde se discutió si debía primar la clasificación, que hizo el Estado demandado, de un acto ilícito como objeto de un procedimiento disciplinario o penal. A este respecto, señaló el Tribunal en el §80: “Todos los Estados contratantes distinguen entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales de larga duración, aunque en formas y grados diferentes. Para los individuos afectados, los primeros suelen ofrecer ventajas sustanciales en comparación con estos últimos, por ejemplo, en lo que respecta a las sentencias dictadas. Las condenas disciplinarias, en general menos severas, no aparecen en el registro criminal de la persona y conllevan consecuencias más limitadas. Sin embargo, puede ser de otra manera. Además, el proceso penal suele ir acompañado de garantías más completas. Por lo tanto, hay que preguntarse si la solución adoptada a este respecto a nivel nacional es decisiva desde el punto de vista del Convenio. ¿El artículo 6 deja de ser aplicable sólo porque los órganos competentes de un Estado contratante califican de acto u omisión como disciplinaria y el procedimiento contra el autor o, por el contrario, se aplica en determinados casos, no obstante, esta clasificación? Este problema, cuya importancia reconoce el Gobierno, fue correctamente planteado por la Comisión. Se produce en particular cuando un acto u omisión es tratado por el derecho interno del Estado demandado como un delito mixto, tanto penal como disciplinario, y cuando existe, por lo tanto, la posibilidad de optar entre, o incluso de acumular, procedimientos penales y procedimientos disciplinarios”.

dinamismo efectivo al sistema europeo de protección de derechos humanos. Por lo que, aplicadas en el caso de las cláusulas de limitación, sugiere una cierta metodología que gobierna el razonamiento del Tribunal en la consideración del contexto y de los principios que se aplican en él.¹²⁷

La otra metodología, tiene que ver directamente con la identificación de un consenso europeo como un elemento a considerar en el fundamento de la decisión, en un contexto donde el Tribunal no está obligado formalmente a decidir según sus decisiones previas y, como vimos, sirviéndose de técnicas de interpretación que conciben al Convenio como un instrumento vivo.¹²⁸ La búsqueda de dicho consenso se logra “identificando estándares europeos desde un mínimo común

Cabe destacar que la definición de Letsas no es completamente adecuada, ya que ella, como veremos en la sección siguiente con mayor detalle, no distingue los diversos tipos de términos a los que el Convenio hace referencia y respecto de los cuales cabe dicha técnica interpretativa (véase MATSCHER, 1993: 70-71). Por ello, se ha distinguido que el Tribunal está autorizado a realizar una interpretación autónoma, pero no la construcción de conceptos autónomos, “los que no tienen ningún fundamento en el sistema del Convenio mismo” (MATSCHER, 1993: 73).

¹²⁷ Se ha llamado a esta técnica consensualismo, como alternativa al supuesto rechazo del Tribunal al originalismo y al textualismo (ZYSSET, 2017: 130-133). Aunque, como veremos hacia el final, que en una sentencia reciente (caso *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, aplicación No. 18030/11, sentencia de 8 noviembre de 2016), el Tribunal ha matizado dicho rechazo, estableciendo una especie de orden de prelación para el uso de las técnicas de interpretación, que reconoce ambas técnicas previamente rechazadas.

¹²⁸ El Tribunal solo tiene el deber de motivar sus sentencias, según el artículo 45 del Convenio. A pesar de esto, el Tribunal, para apoyar su decisión, siempre cita en sus decisiones su jurisprudencia anterior sobre casos análogos. Además, existen una serie de reglas de funcionamiento del Tribunal, como, por ejemplo, la del artículo 72(1) del Reglamento de Tribunal, la que permite que una Sala pueda renunciar a su competencia en favor de la Gran Sala “cuando un asunto pendiente ante una Sala plantee una cuestión grave que afecte a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos”, lo que busca “prevenir inconsistencia en la jurisprudencia del Tribunal” (VAN DIJK *et al.*, 2006:42). Otra sería la de las sentencias piloto, donde el Tribunal “selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos” (ABRISKETA URIARTE, 2013: 73. Véase también VAN DIJK *et al.*, 2006: 36). Finalmente, empíricamente se han observado tendencias en las decisiones del Tribunal a partir de análisis de redes, a partir de citas de decisiones previas que el Tribunal emplea en la resolución de casos (véase LUPU and VOETEN, 2010). Sin embargo, sigue siendo muy relevante la identificación de un consenso europeo, ya que permite proporcionar razones adicionales, y en muchos casos decisivas, sobre asuntos controvertidos en los que el Tribunal o bien no quiere entrar o bien desea intervenir (véase BENVIDES, 2009). Así, “la existencia de estándares comunes europeos, tienden a fortalecer los órganos de Estrasburgo en la aplicación positiva de la interpretación evolutiva, encogiendo la amplitud del margen. Esta aproximación es aparente tanto en la evaluación de la proporcionalidad de la interferencia con el derecho a la privacidad de los homosexuales (caso *Dudgeon v. United Kingdom*, aplicación No. 7525/76, sentencia de 22 de octubre de 1981; caso *Norris v. Ireland*, aplicación No. 10581/83, sentencia de 26 de octubre de 1988; caso *Modinos v. Cyprus*, aplicación No. 15070/89, sentencia de 22 de abril de 1993), como en la evaluación de las medidas discriminatorias contra los niños nacidos fuera del matrimonio (caso *Marckx v. Belgium*, aplicación No. 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1976, §41; caso *Johnston and others v. Ireland*, aplicación No. 9697/82, sentencia de 18 de diciembre de 1986, §74; caso *Inze v. Austria*, aplicación No. 8695/79, sentencia de 28 de octubre de 1987, §41; caso *Vermeire v. Belgium*, aplicación No. 12849/87, sentencia de 29 de noviembre de 1991, §26). La revisión comparativa de la práctica nacional e internacional también ha contribuido al reconocimiento de un derecho a la no asociación con respecto a sistemas sindicales de afiliación compulsiva (caso *Sigurdur Sigurjónsson v. Iceland*, sentencia de 30 de junio de 1993, §35)” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 204).

denominador entre los Estados miembros”, que es un enfoque inductivo; el otro es un “método de arriba-abajo, que a menudo va en tándem con la aplicación de la interpretación evolutiva” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 109).

Se ha enfatizado que ambas metodologías, el establecimiento inductivo de estándares mínimos (desde abajo) y la interpretación evolutiva y autónoma (desde arriba), tienen problemas.¹²⁹ La primera, relativa a la contaminación de los estándares con los hechos y derechos de cada Estado miembro y el sacrificio de la integridad y coherencia por la priorización de un enfoque descriptivo. La segunda, porque el establecimiento de estándares europeos autónomos, carga consigo el problema de la falta de datos empíricos suficientes para su aplicación y de la legitimidad democrática (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 109-110).¹³⁰

En el caso de las cláusulas de limitación, se puede considerar que la existencia del consenso, desde un punto de vista, neutralizaría completamente la importancia que tiene en el razonamiento del Tribunal el contexto, ya que justamente lo que el Tribunal debe buscar es alcanzar una armonización de los estándares sobre derechos humanos, es decir, un denominador común respecto de las interferencias *prima facie* admisibles a la hora de limitar derechos, que no mire aquellos elementos peculiares (históricos, económicos, políticos, culturales, sociales, etc.) que cada Estado miembro posee. No obstante, desde otro, más bien que la existencia de un consenso remarca justamente la importancia del contexto peculiar a cada Estado, ya que reafirma la idea de que la diversidad, el disenso, en las limitaciones de derechos que el sistema europeo admite, solo tiene sentido en el trasfondo de una cultura europea compartida sobre los derechos: hay desacuerdo admisible al respecto, justamente porque hay acuerdo en otros aspectos, a saber, como veremos, en la igual consideración del carácter absoluto de ciertos derechos que el Convenio consagra.

¹²⁹ Se ha señalado que la vinculación de ambas técnicas de interpretación con la idea de consenso y el Margen de Apreciación, es la siguiente: “La interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación representan direcciones diametralmente opuestas de política judicial, y el método comparativo funciona, como si fuera un puente entre ambos. Por una parte, donde el consenso europeo está ausente sobre un asunto polémico, los órganos de Estrasburgo se inclinan por ampliar el margen de apreciación nacional y por abstenerse de realizar una interpretación audaz. Este enfoque puede ser típicamente visto en la evaluación de asuntos intratablemente difíciles o disputados, tales como moralidad (caso *Müller et al v. Switzerland*, sentencia de 24 de mayo de 1988) y transexualidad (caso *Rees v. United Kingdom*, sentencia de 17 de octubre de 1986; caso *Cossey v. United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 1990 y caso *X, Y y Z v. United Kingdom*, sentencia de 22 de abril de 1997)” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 203-204).

¹³⁰ Veremos, más adelante, que ambas críticas están mal enfocadas porque presuponen que la solución a este asunto pasa por colpar a una solución en la otra, a fin de evitar los supuestos males de la contraria: o el Tribunal establece sus propios estándares autónomamente, a fin de evitar la falta de coherencia y la contaminación de ellos por el derecho interno de cada Estado miembro; o bien, construye un estándar mínimo, a partir de los puntos de confluencia sobre los derechos de cada Estado miembro, a fin de evitar afectar la soberanía y los procesos democráticos de cada Estado miembro.

Es en este sentido, veremos que el Margen de Apreciación es el instrumento que el Tribunal ha creado y perfeccionado para dar cuenta de las variaciones en la interpretación de los contenidos normativos de las disposiciones del Convenio y de los principios y contextos particulares de cada Estado miembro, variaciones que obedecen al reconocimiento y respeto de la diversidad. Esto debería prevenirnos de caer en una lectura superficial del Convenio, aquella que ven en las limitaciones, y otras normas semejantes, afectaciones en la extensión de la protección de los derechos y libertades que el Convenio consagra.

Por ello, para poder llegar allí, se debe entender cómo operan las cláusulas de limitación, que es la técnica legislativa utilizada para permitir que el Tribunal considere dicha diversidad al momento de adjudicar sobre algunos derechos. Como vimos, es justamente en la aplicación de dichas cláusulas donde el Margen de Apreciación ha tenido su desarrollo más pleno. Teniendo en cuenta lo que se dijo sobre la estructura triádica que ellas poseen, es menester determinar el criterio para identificarlas, esto es, mostrar qué las distingue de otras expresiones similares que utiliza el Convenio y cuál es su relación con las normas que establecen derechos a las que se refieren. La falta de claridad en este asunto, y una forma adecuada para comprender su importancia, ha sido la causa principal de los problemas que se achacan al Margen de Apreciación.

Dicha falta de claridad se ha visto acentuada por el desarrollo casuístico de la DMA. Por ello, antes que todo, veremos que este desarrollo casuístico se ha proyectado en un enfoque casuístico sobre la conceptualización DMA, que obscurece aspectos conceptuales relevantes del Margen de Apreciación.

La anterior es una sinopsis de las cuestiones que se abordarán en lo sucesivo. A continuación, corresponde explicitar, como punto de partida, dos cuestiones metodológicas: en qué consiste y por qué debe rechazarse el enfoque casuístico sobre la DMA; y cuáles son y por qué es preferible concentrarse en los criterios de aplicación de la DMA, a fin de tratar de elucidar un concepto de Margen de Apreciación.

2. ¿En qué consiste la DMA en cuanto práctica jurídica?

Como señalé en la parte introductoria, la DMA se ha entendido como un espacio de acción, libertad o maniobra que los órganos de Estrasburgo conceden a los cuerpos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales de los Estados miembros. Pero exactamente, ¿para qué se concede dicho margen?

A partir de la jurisprudencia del Tribunal, se ha tratado de precisar dicho espacio o libertad de maniobra que se concede a los Estados. Se trata de un enfoque o aproximación casuística, la que ha identificado los casos en que se ha aplicado la DMA, a saber:

- (i) El proceso de determinación y comprobación de los hechos;
- (ii) El proceso de interpretación y aplicación de las leyes nacionales;
- (iii) El proceso de evaluación de los parámetros conceptuales de un derecho específico del Convenio y su aplicación en relación con un asunto específico que surge de leyes concretas (medidas a implementar) de un Estado miembro;
- (iv) El proceso de balanceo entre el derecho individual de una persona y un motivo de interés público, incluyendo la evaluación de los medios para alcanzar fines sociales buscados; y
- (v) Ponderar equilibradamente dos derechos y libertades en competencia. (ARAI-TAKAHASHI, 2013: 69).¹³¹

El mayor mérito de este enfoque casuístico es, al mismo tiempo, su mayor debilidad: se hace cargo de la historia del desarrollo de la DMA, la que, como vimos antes, provino de la Comisión, para luego ser adoptada tímidamente por el Tribunal y terminar siendo muy relevante en la jurisprudencia del Tribunal hacia finales de la década de los 70.

Con dicho fin, el enfoque casuístico trata de sistematizar todos los usos que el Tribunal ha hecho de ella, desde las derogaciones de derechos y libertades del Convenio, pasando por los derechos y libertades que contemplan cláusulas de limitación explícitas, y hasta las delimitaciones de derechos y libertades que no contemplan explícitamente dichas cláusulas.¹³² Tratar de dar cuenta de esta amplitud en la aplicación del Margen de Apreciación, ha tenido el costo de desdibujar conceptualmente la doctrina.

¹³¹ Esta es una lista ampliada, ya que antes solo se reconocía solo los tres primeros casos. Véase ARAI-TAKAHASHI, 2011: 100-101. En el mismo, se ha vinculado con el principio de no sustitución, el que identifica casos donde el Tribunal “no debería normalmente sustituir las apreciaciones de las autoridades internas en extremos cuales son: *la prueba de los hechos* [...] *la interpretación de la legalidad* ordinaria [...] y *la libre configuración por el legislador democrático de los derechos* constitucionales” (GARCÍA ROCA, 2010: 135).

¹³² Por esta razón, se ha llamado también inductivista a este enfoque, cuyo fin sería “establecer enunciados ciertos a partir de la experiencia que aporta la jurisprudencia, para ascender estos criterios habituales de las decisiones de Estrasburgo a un conocimiento más sistemático y profundo” (GARCÍA ROCA, 2010: 177).

Incluso, se ha sugerido la necesidad de construir una concepción general de dicha doctrina, que sea capaz de abarcar todas sus expresiones, tanto en el Convenio como en las diversas cortes y tribunales internacionales, ya que ella tiene importancia en la discusión sobre “la legitimidad y la eficacia de la adjudicación internacional en general, y su capacidad para introducir limitaciones significativamente ajustadas a derecho sobre las acciones de los Estados poderosos, en particular” (SHANY, 2006: 908).¹³³

Por otra parte, cabe señalar que el enfoque casuístico, es decir, aquel que busca conceptualizar el Margen de Apreciación sistematizando inductivamente todas sus ocurrencias en la jurisprudencia del Tribunal, no debe ser confundido con la obviedad metodológica de que es imposible reconstruir una doctrina nacida de la jurisprudencia sin analizar o tomar en consideración dicha jurisprudencia (que es lo que justamente traté de hacer antes en la introducción). Sobre esto último, como ha señalado el juez Macdonald: “es virtualmente imposible entender la doctrina del margen de apreciación separadamente de los contextos específicos en los cuales ha sido aplicada” (MACDONALD, 1992: 104).

El intento sistematizador del enfoque casuístico, se ha reducido a tratar de clasificar esa amplitud de casos que integran la DMA, agrupándolos en dos grandes categorías: “la determinación de los hechos, por una parte, y la determinación de las cuestiones de derecho, por otra”. En cuanto a la determinación de los hechos “la aplicación de la doctrina del ‘margen de apreciación’ por los órganos de Estrasburgo parece estar justificada y ser auto-evidente” (VAN DIJK *et al.*: 1990: 585), no así en el caso de la determinación de las cuestiones de derecho, que no lo está, habida cuenta de la competencia del Tribunal en este sentido para interpretar el Convenio.¹³⁴

Si bien la clasificación entre casos no-normativos (i) y normativos (ii-v) que integran la DMA puede parecer útil, en realidad, resulta discutible que la determinación de los hechos, y la valoración de la prueba que ello conlleva, se entiendan como asuntos no-normativos que

¹³³ Cabe recordar que otro partidario de este enfoque generalista sobre el Margen de Apreciación es Legg, cuyo enfoque sobre el Margen de Apreciación está construido deliberadamente ajeno a cualquier práctica jurisprudencial particular (véase LEGG, 2012: 11). Contra esta ampliación de la DMA hacia los Tribunales Internacionales, se ha señalado: “Uno de los resultados de estos argumentos [la supeditación de la subsidiariedad al test de proporcionalidad] es que un margen de apreciación puede no ser apropiado para los tribunales internacionales en general, a pesar de la opinión en sentido contrario de una parte de los autores. Una convergencia hacia una doctrina del margen de apreciación a través de los tribunales internacionales no puede ser detectada” (FØLLESDAL, 2016b: 161).

¹³⁴ En este mismo sentido se ha señalado más recientemente que los “problemas específicos de carácter esencialmente no-normativo, tales como incertidumbres respecto de la investigación de los hechos y sobre la valoración de la prueba, pueden justificar un cierto grado de deferencia a las autoridades nacionales en razón de que éstas poseen un mayor conocimiento y experticia sobre las circunstancias nacionales” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 233).

competen con primacía y sin matices a los Estados. Si bien dichos asuntos tienen que ver sobre cómo es el mundo, y en este sentido las autoridades nacionales están en mejor pie que los órganos de Estrasburgo para conocer y valorar los hechos; los elementos fácticos que importan al proceso, son relevantes, pertinentes y controvertidos gracias a las normas que regulan el proceso en general y la prueba en particular.

Así, por ejemplo, la calificación de determinados hechos constitutivos de delito como actos terroristas, como ha dicho el Tribunal, compete a los Estados.¹³⁵ Del mismo modo, la determinación de la clase de pruebas que un tribunal tendrá a la vista para dar por probados determinados hechos, como, por ejemplo, las pruebas de ADN en la determinación de la paternidad. En ambos casos, tanto la calificación de hechos como la prueba de los mismos, si bien dependen de cuestiones fácticas y, actualmente, están ligadas a técnicas científicas específicas; dichas técnicas son tenidas en cuenta porque una norma jurídica autoriza al juez a tenerlas en cuenta.

Más aún, cuestiones que pertenecen exclusivamente al dominio de las ciencias, como el significado de palabras técnicas o científicas, e incluso la determinación de los géneros naturales, pueden tener un significado distinto cuando se discuten en un contexto jurídico.¹³⁶ Esto último es relevante en el contexto de los métodos de interpretación que el Tribunal utiliza, habida cuenta de la denominada interpretación autónoma que realiza del Convenio.¹³⁷

¹³⁵ Si bien la evidencia recogida por las policías, por ejemplo, los restos de material explosivo utilizado que permite determinar la clase de material explosivo utilizado; el confinamiento de dicho material, que permite determinar el daño directo causado y la onda de choque, etc.; no importan qua hechos del mundo, sino solo en el contexto de una investigación policial en un proceso judicial, ya que lo que importa es su calificación jurídica. Para un análisis de la relación entre el margen de apreciación estatal en el caso de los derechos consagrados en el Convenio que se ven afectados por el terrorismo (libertad de expresión, de asociación, derecho a la privacidad y juicio justo), véase SOTTIAUX, 2008.

¹³⁶ Por ejemplo, un tomate puede ser considerado jurídicamente una verdura, a pesar de ser un furto, y un hongo puede ser considerado como un vegetal (que pertenecen al reino *Plantae*), a pesar de no serlo, ya que pertenece al reino *Fungi* (véase MORESO, 2010).

¹³⁷ La interpretación autónoma consiste en que “algunos de los términos claves del Convenio deberían ser definidos autoritativamente por el Tribunal independientemente sobre cómo ellos son entendidos por los Estados miembros” (GREER, 2000: 18-19). En este sentido, se ha dicho que el Convenio usa tres clases de términos: (1) Lenguaje ordinario o de uso cotidiano: “trato degradadamente e inhumano”, ‘trabajo o servicio’, ‘libertad o seguridad’, ‘vida privada y familiar’; (2) Expresiones técnicas y científicas: “enfermedad contagiosa”, ‘demente’; (3) Terminología jurídica: “detención legal”, ‘juzgar’, ‘derecho’, ‘tribunal imparcial e independiente’”. Tanto las expresiones del lenguaje ordinario o de uso cotidiano como en los términos científicos o técnicos, “son interpretadas libremente por las instituciones del Convenio”. Esto según las reglas establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Para un análisis de la aplicación de dicha convención en el contexto del Convenio, véase GOLSONG, 1993. El caso problemático lo constituye la terminología jurídica, ya que el Tribunal, a veces, se ha decantado por el significado que tienen dichos términos en el derecho interno de cada Estado y, en otras, ha establecido su propia interpretación autónoma, “independiente del significado dado a ellos en el derecho de cada

Con esto, no quiero decir que la determinación de las cuestiones fácticas en un proceso sea finalmente una cuestión puramente de veracidad, es decir, de la determinación de las condiciones de verdad de ciertos enunciados sobre hechos relevantes, pertinentes y controvertidos en un proceso dado, lo que, a su vez, sustentaría la verificación de dichos enunciados relevantes en un caso concreto (como sería, por ejemplo, si x es padre biológico de y mediante la prueba z , lo que justifica la decisión D1, pero no la decisión D2).

Más bien, se trataría de una cuestión de verosimilitud, es decir, que la decisión sobre la prueba de ciertos enunciados fácticos relevantes en un proceso, no descansa exclusivamente en la verdad de dichos enunciados, es decir, que no es una cuestión de pura verificación o correspondencia con el mundo, sino que está constituida y determinada por cuestiones eminentemente normativas, relativas a cómo debe ser el mundo, ya que ocurren en un contexto jurídico-institucional orientado a la consecución de diversos fines, dentro de los que se cuenta, pero no únicamente, la búsqueda de la verdad.¹³⁸

A pesar de esto, la clasificación de los casos de la DMA (i-v) retiene un interés teórico, que explícito a continuación. Para apreciarlo, usemos otra clasificación un poco menos tormentosa que la anterior.

Se ha enfatizado que cuando la DMA se aplica, se hace, más bien, en: “(a) Instancias donde las disposiciones del Convenio requieren un balanceo de intereses y la realización de un test de proporcionalidad”, como en el caso de los artículos 8-11 del Convenio y artículo 2 del Protocolo No. 4 (SCHOKKENBROEK, 1998: 31); “(b) Instancias donde las disposiciones del Convenio

Estado” (MATSCHER, 1993: 70). La interpretación autónoma, como cualquier canon de interpretación, es fuente de conflictos, ya que “a parte del hecho de que muchas disposiciones del Convenio se refieren al derecho nacional, muchos conceptos del Convenio se basan en conceptos del derecho nacional, cuyo significado en el contexto de los variados órdenes jurídicos nacionales, no puede ser ignorado por la Comisión y el Tribunal”. Asimismo, “una interpretación totalmente autónoma puede ser vista como ilegítima”, ya que “cuando el Tribunal busca una interpretación autónoma se ve restringido a referirse a una interpretación mayoritaria o, más aún, a un consenso europeo”. Estas cuestiones se complejizan aún más, si se consideran que ellas están “gobernadas por consideraciones más cercanas a la política judicial” (OST, 1992: 305).

¹³⁸ Dicho con más rigor y en positivo, es la afirmación de la “independencia entre las nociones de prueba jurídica y de verdad de los enunciados sobre los hechos” (FERRER, 2011: 1). En otras palabras, esto quiere decir que una noción general de prueba, como la que tienen las ciencias, enfrenta grandes dificultades si busca aplicarse a la noción de prueba judicial, dada tres limitaciones de ésta que llevan a afirmar su independencia de aquélla: “en primer lugar, las que impone el propio proceso judicial en cuanto tal; en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada; y, finalmente, las impuestas por las reglas sobre la prueba” (FERRER, 2011: 5). No obstante, ambas nociones de prueba, la de las ciencias y la judicial, no pueden ser completamente independientes, ya que el modo usual de considerar p como probado es cuando p es verdadero. Este compromiso con la verdad, es el que, en definitiva, hace inteligible a la idea de prueba y las limitaciones que se imponen a ella, que vienen dadas por el respeto a los derechos y la eficiencia del proceso.

contienen expresiones vagas”, como las expresiones ‘emergencia pública que amenace de la vida de la nación’ que utiliza el artículo 15 del Convenio, o ‘interés público’ como en el caso del artículo 1 del Protocolo No. 2 (SCHOKKENBROEK, 1998: 31-32)¹³⁹; “(c) Instancias donde el Tribunal ha examinado si el Estado ha fallado en la realización de una obligación positiva para protenger el derecho en cuestión”, por ejemplo, en el caso del artículo 6, que a juicio del Tribunal demanda una regulación del Estado (SCHOKKENBROEK, 1998: 32).

En estos casos, más que a los hechos que se deben probar en un proceso (es decir, determinar el valor de verdad de enunciados sobre hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que delimitan el conflicto jurídico que se busca adjudicar), la DMA se aplicaría a la determinación de los hechos operativos de una clase especial de normas: aquellas que cuenta con una cláusula de limitación. Así, el Margen de Apreciación tiene que ver con la aplicación e interpretación de las normas jurídicas de cada Estado que involucran derechos y libertades consagrados en el Convenio.

Teniendo lo anterior presente, entonces, se puede apreciar el problema que surge de dicha clasificación: a pesar de permitir situar correctamente el elemento definitorio del caso central de la DMA, a saber, la ocurrencia de determinados hechos operativos descritos en las normas que establecen limitaciones a ciertos derechos y libertades consagrados en el Convenio; confunde la cuestión relativa al límite del poder de revisión del Tribunal sobre dichos hechos operativos de las normas que establecen limitaciones a derechos, con la cuestión sobre la naturaleza misma del Margen de Apreciación.¹⁴⁰

Dichos hechos operativos descritos en las normas tienen que ver, como vimos, con la selección, por parte de los órganos del Estado miembro, de determinadas medidas consideradas por éste

¹³⁹ En este mismo sentido, es decir, “el margen de apreciación como herramienta para la interpretación de nociones vagas o generales” (BREMS, 2001: 397-398).

¹⁴⁰ “No puede haber un caso revisable si el Tribunal carece de competencia para examinar el asunto. Si hay competencia del Tribunal *ratione materiae*, es el caso que nos interesa. Esto parece autoevidente en muchos casos, por ejemplo, donde una reserva válida se aplica o donde un asunto no está simplemente cubierto por el Convenio, en cuyo caso hay áreas grises donde el Tribunal a veces se refiere al límite de sus poderes de revisión [...]” (SCHOKKENBROEK, 1998: 32). Veremos en la Parte II, que una forma de entender la DMA ha sido reconstruir dos conceptos del Margen de Apreciación: por una parte, un concepto estructural, que guardaría relación con el límite de los poderes de revisión del Tribunal, una especie de auto-control que ejerce sobre su propio actuar; y por otra, un concepto substantivo, donde importaría la revisión que realiza el Tribunal de la armonización particular que cada Estado miembro hace, en virtud justamente del Margen de Apreciación, de los conflictos entre derechos y/o ciertos intereses externos a los derechos que el Convenio consagra y que el Estado también debe resguardar. No obstante, si bien esta distinción muestra las dos caras que el Margen de Apreciación ha mostrado en la jurisprudencia, se basa, en realidad, en una inversión metodológica: ya que va desde una cierta concepción de los derechos humanos (como *reason-blocking theory*) y de la función del Tribunal (como el constructor de una concepción común, basada en estándares compartidos, de los derechos humanos en Europa), hacia la evaluación de la DMA bajo el prisma de dichas concepciones, en miras a elucidarla.

como idóneas para alcanzar ciertos fines legítimos, *v.gr.* ciertos intereses individuales o comunes, que están descritos en las normas que contienen cláusulas de limitación y, en virtud de los cuales, el Estado puede limitar ciertos derechos y libertades consagrados en el Convenio, correspondiéndole al Tribunal controlar la calificación de las medidas de interferencias tendientes a esos fines, si ellas han sido justificadas o no, a propósito de una aplicación que se le presente cuestionando dicho carácter.

Por ello, se debe realizar un uso más cauteloso de la distinción, entre los casos de la DMA que se refieren a cuestiones de hecho, y los que se refieren a cuestiones de derecho, y no confundirlo con otras cuestiones vinculadas. Así, se debe reconocer en la jurisprudencia del Tribunal el denominado principio de no-substitución: “dado que se considera que los tribunales nacionales están ‘mejor situados para valorar la prueba’, se supone que el Tribunal no debe sustituir al tribunal nacional con su propia determinación de los hechos” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 27); que es también justamente uno de los elementos que tradicionalmente se han destacado de la jurisprudencia del Tribunal al momento de concebir el Margen de Apreciación.¹⁴¹ La aplicación de este principio, concomitante al uso del Margen de Apreciación, parece ser la razón correcta para distinguir entre los casos normativos y no-normativos de la DMA y no la naturaleza intrínseca de éstos, cuestión que, como vimos, de por sí es discutible.

Frente a esto, no es baladí recalcar aquí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un tribunal de derecho y “su papel en el establecimiento de los hechos ha tomado una posición subsidiaria respecto de la Comisión y de las autoridades nacionales” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 279). No obstante, es claro que siempre puede existir controversia sobre cuál es el derecho a la hora de determinar los hechos o valorar la prueba, ya que las normas reguladoras de este aspecto en un proceso de adjudicación pueden ser vagas o poco claras (por ejemplo, qué se entiende por ‘indicios’ de actos terroristas: planos, material explosivo, propaganda escrita, etc.); o bien, porque la calificación de dichos hechos no ha sido conforme a derecho (por ejemplo, porque de los indicios recogidos por la policía, surgen dudas respecto de si ellos eran claros, idóneos o si la policía realizó una investigación poco acuciosa).

¹⁴¹ A este respecto ha dicho el Tribunal: “El trabajo del Tribunal es determinar si las condiciones establecidas en el párrafo (c) del artículo 5, párr. 1 (el arte. 5-1-c), incluyendo la búsqueda del propósito legítimo prescrito, se han cumplido en las circunstancias del caso particular. Sin embargo, en este contexto, no es está normalmente dentro de la provincia de la Corte el sustituir con su propia apreciación de los hechos a la de los tribunales nacionales, que están en mejor posición para evaluar las pruebas presentadas ante ellos”. Caso *Murray v. United Kingdom*, aplicación No. 14310/88, sentencia de 28 Octubre de 1994, §66.

En otras palabras, la DMA se aplicaría no a los hechos mismos, sino que más bien a su calificación jurídica, es decir, a la relevancia normativa que tienen ciertos hechos para un proceso determinado (sea este de naturaleza administrativa o judicial), ya sea porque componen el supuesto de hecho de una norma o porque se tienen como medios de prueba normativamente idóneos.

Por todo lo anterior, parece que la primera clasificación del Margen de Apreciación discutida, provoca que el caso (i), el proceso de determinación y comprobación de los hechos, en realidad colapse en el caso (ii), el proceso de interpretación y aplicación de las leyes nacionales, ya que el caso (i) se trataría más bien de la interpretación de las normas de incorporación de evidencia y valoración de la prueba en los procesos substanciados de acuerdo a las reglas del derecho interno de cada Estado miembro.

Estas consideraciones cobran mayor relevancia, ya que el proceso de adjudicación que realiza el Tribunal está mediado por el principio de subsidiariedad, que supone una cooperación entre el tribunal internacional y los tribunales nacionales, a pesar de que el sistema de protección que el Convenio establece suponga que siempre cabe la revisión por parte del Tribunal.¹⁴² La pregunta que surge es, entonces, ¿cuál sería el papel, conceptualmente relevante, que cumple el Margen de Apreciación? Porque parece que algún papel especial debe cumplir, ya que tanto el caso (i), el proceso de determinación y comprobación de los hechos, como el caso (ii), el proceso de interpretación y aplicación de las leyes nacionales, podrían ser simplemente instancias de aplicación del principio de subsidiariedad. De ser así, el papel de la DMA, *qua* principio, sería trivial por redundancia.

Por otra parte, la clasificación de los casos del Margen de Apreciación de (i) a (v), permitirían dar sustento a la idea de que su uso paradigmático por parte del Tribunal se produce en la aplicación de las cláusulas de limitación o limitaciones que contempla el Convenio, ya que ellas suponen

¹⁴² El Tribunal ha insistido en este punto: “El Tribunal recuerda que corresponde a cada Estado Contratante, responsable de «la vida de [su] nación» determinar si ésta está amenazada por un «peligro público» y, en caso afirmativo, hasta dónde se ha de llegar para tratar de disiparlo. En contacto directo y constante con la realidad apremiante del momento, las autoridades internas se hallan en principio mejor situadas que el Juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de tal peligro y la naturaleza y el alcance de las derogaciones necesarias para impedirlo. Por lo tanto, se les ha de dejar un amplio margen de apreciación en la materia.

Los Estados no gozan, sin embargo, de un poder ilimitado en este ámbito. El Tribunal es competente para decidir, concretamente, si han excedido la «medida estricta» de las exigencias de la crisis. El margen interno de apreciación se acompaña, por tanto, de un control europeo. Cuando el Tribunal ejerce dicho control, debe conceder al mismo tiempo el peso adecuado a factores pertinentes tales como la naturaleza de los derechos afectados por la derogación, la duración del estado de urgencia y las circunstancias que lo han originado” Caso *A and others v. United Kingdom*, aplicación No. 3455/05, sentencia de 19 de febrero de 2009, §173.

que el Tribunal puede revisar: las medidas a implementar (iii) que un Estado adopta en un caso concreto y que afecten el derecho que contempla la limitación u otro derecho; el balanceo que hace el Estado entre el derecho individual de una persona y un motivo de interés público y sus medios para alcanzarlo (iv), que es el caso propiamente tal de las limitaciones o cláusulas de limitación; y la ponderación entre dos derechos y libertades en competencia (v).

Como vimos, dada la estructura triádica de las limitaciones, se puede apreciar de qué manera su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal incluye estos tres casos, como, por ejemplo, lo hizo el Tribunal a propósito de los casos relativos a limitación de la libertad religiosa analizados en la parte introductoria.¹⁴³

De allí que los casos donde se aplica la DMA, que como vimos son considerados por los autores como más evidentes, serían el (i) y el (ii), en la medida en que se acepte el antedicho colapso de (i) en (ii), ya que es obvio que la DMA presupone, habida cuenta del principio de subsidiariedad y del respeto a los procesos democráticos internos de cada Estado, que es a los Estados miembros a quienes les corresponde en primer lugar la interpretación y aplicación de las leyes nacionales.¹⁴⁴

Visto lo anterior desde otro punto de vista, en realidad, todos los demás casos, del (iii) al (v), son en realidad casos que pueden colapsar en el (ii), habida cuenta que, en términos prácticos, las aplicaciones que se realizan frente al Tribunal por los demandados, siempre provienen de la aplicación o interpretación de las leyes nacionales realizadas por una instancia administrativa o judicial de las derogaciones en casos de emergencia o de las cláusulas de limitaciones a libertades y derechos consagrados en el Convenio. Ellas serían, más bien, instancias de aplicación del principio de primeridad.

En este sentido, todos los casos donde la DMA se aplica, se refieren a la producción o interpretación que realiza el Estado miembro de su material jurídico, cuando dicha producción normativa o interpretación jurídica involucra derechos que el Convenio consagra, esto es: de las reglas del sistema jurídico nacional en general, las que incluyen aquellas que regulan la prueba;

¹⁴³ Casos: *Lautsi and others v. Italy*, aplicación No. 30814/2006, sentencia de 18 de marzo de 2011, § 61-69; *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, aplicación No. 41135/98, sentencia 4 de octubre de 2010, §48-52; *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006; *Leyla Şahin v. Turkey*, aplicación No. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, § 111; *Dahlab v. Switzerland*, aplicación No. 42393/98, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

¹⁴⁴ Cabe destacar que la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido un conjunto de principios estructurales “que tienen un carácter general y fundamental para el derecho internacional de los derechos humanos”, a saber, dignidad humana, subsidiariedad, soberanía, solidaridad, igualdad, proporcionalidad, democracia e imperio del derecho (*rule of law*) (SHELTON, 2013: 4). Para un análisis del principio de subsidiariedad y de democracia e imperio del derecho en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, véase respectivamente TOMUSCHAT, 2013 y NEUMAN, 2013.

de los derechos y libertades, y sus respectivas limitaciones, consagradas en la legislación nacional y el Convenio, cuando el Estado las aplica a un caso concreto; o de la ponderación de derechos y libertades en conflicto.

Así que, en este sentido, la práctica del Margen de Apreciación se vincula, como vimos, de manera bastante inmediata no solo con el principio de subsidiariedad, sino que también con el de primeridad, esto es, con el reconocimiento al Estado miembro de un ámbito propio y preferente de interpretación de sus propias normas y de las que se refieren a la implementación y control estatal de los derechos y libertades consagrados en el Convenio. Como consecuencia de esto, se produciría una división del trabajo en la protección de dichos derechos y libertades, correspondiéndole al Estado miembro cooperar con el Tribunal en la consecución de este objetivo.¹⁴⁵ El fundamento de dicha cooperación se encuentra en las obligaciones que asumió libremente el Estado, frente a sus iguales, al momento de adherir al Convenio. En este sentido se ha dicho que:

El argumento clásico de la subsidiariedad es el que ha inspirado al Tribunal para desarrollar su famosa doctrina del margen de apreciación. La doctrina se basa en la premisa de que, ante todo, se debe dejar a los Estados el garantizar los derechos protegidos por el Convenio y el Tribunal solo debe intervenir si es evidente que los Estados no han logrado hacerlo (GERARDS, 2011: 104).¹⁴⁶

El problema sería, y se debe insistir en ello, en encontrar el papel conceptual propio que desempeña el Margen de Apreciación, *qua* principio, en estos supuestos, papel que debe ser distinto del principio de subsidiariedad, ya que, dicho principio “siempre pesa en la balanza de la valoración de la prueba y los hechos” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 280). Asimismo, debe ser distinto del principio de primeridad, que es un presupuesto de todo el sistema del Convenio, ya que consiste en la implementación y control estatal de la obligación de respetar derechos y libertades consagradas en el Convenio.

Por otra parte, la DMA se vincula al mismo tiempo con el principio de proporcionalidad. Esta es la consecuencia teórica de circunscribir la DMA al caso de las cláusulas de limitación. Esta dependencia conceptual con el principio de la proporcionalidad, se produce porque dicho

¹⁴⁵ En este sentido, se ha dicho: “En suma, el margen de apreciación es un ‘producto natural’ de la distribución de poderes entre las instituciones de Estrasburgo y las autoridades nacionales, que compraten la responsabilidad de su ejecución” (BREMS, 2001: 361). También que el Margen de Apreciación posee “una lógica que impone una cierta división del trabajo entre las diversas jurisdicciones que garantizan los derechos y están obligadas a dialogar entre sí, enriqueciendo recíprocamente sus jurisprudencias (el fenómeno que llamamos *cross fertilization*)” (GARCÍA ROCA, 2010: 134).

¹⁴⁶ En el mismo sentido, se ha señalado: “La doctrina del margen de apreciación expresa un principio de subsidiariedad en relación con el respeto del Tribunal por la toma de decisiones democráticas” (FØLLESDAL, 2016b: 157).

principio cumple aparentemente un papel central en la evaluación de la cuestión si las interferencias, que realiza un Estado contra un derecho o libertad, son o no legítimas a la luz del Convenio.¹⁴⁷ Al respecto, como vimos, el test de tres pasos es un mecanismo delineado por dicho principio, aunque no sea tan claro que su objetivo sea la determinación de ciertos hechos operativos descritos en las normas del Convenio que establecen limitaciones a ciertos derechos.

De esta manera, circunscribiendo la DMA al ámbito de las cláusulas de limitación, se ha dicho que el Margen de Apreciación es particularmente apropiado en tres casos:

La doctrina del margen de apreciación es particularmente apropiada en tres escenarios principales en los que las autoridades nacionales están mejor situadas para juzgar, dado que ellas han llevado a cabo una evaluación de la proporcionalidad: 1) Cuando ellas deben ‘sopesar’ en contra de otros asuntos urgentes tales como emergencias, seguridad pública o bienestar económico del país, como lo permiten los artículos 8, 9 y 10 del Convenio; 2) Cuando deben equilibrar diferentes derechos unos contra otros; 3) Cuando deben aplicar las normas de derechos humanos en las circunstancias específicas de un Estado (FØLLESDAL, 2016b: 155).

Esta cuestión se apreciará mejor cuando se analice en las secciones siguientes la oportunidad en que el Tribunal puede echar mano de la DMA. Sin embargo, el problema que surge aquí es el mismo, ¿cuál sería el papel específico que cumpliría el Margen de Apreciación distinto del test de tres pasos o proporcionalidad? ¿Es una parte de él o se utiliza con otros fines? Y de ser así, ¿cuáles serían ellos?

Creo que, a fin de captar correctamente para qué se concede el Margen de Apreciación, es más útil echar mano de la distinción entre el establecimiento de los hechos y su calificación jurídica (CALLEWAERT, 1998: 7). Respecto del establecimiento de los hechos, el Tribunal usualmente se apoya en el proceso de determinación de los hechos que realizan los Estados miembros.¹⁴⁸ Esto

¹⁴⁷ “Esta doctrina limita el alcance de la revisión de los derechos humanos del Tribunal a las áreas en donde su opinión puede mejorar, en vez de la revisión judicial doméstica, la protección y promoción de los derechos humanos que los Estados entregan a sus ciudadanos. La discusión sobre el Tribunal y su doctrina del margen de apreciación ilustra, de este modo, cómo la subsidiariedad puede apoyar ya sea la centralización como la descentralización, dependiendo de si el Estado ha o no llevado a cabo el test de proporcionalidad. Sin el test de la proporcionalidad, la presunción a favor de la autoridad local desaparece, y el Tribunal no debería conceder un margen de apreciación” (FØLLESDAL, 2016b: 161).

¹⁴⁸ Por ejemplo, en el caso *Klass and others v. Germany*, aplicación No. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978, §49, el Tribunal señala: “En lo que respecta a la fijación de las condiciones en las que el sistema de vigilancia debe funcionar, el Tribunal señala que el legislador nacional tiene cierta discrecionalidad. Ciertamente, no corresponde al Tribunal sustituir a la evaluación de las autoridades nacionales de cualquier otra evaluación de cuales podrían ser las mejores políticas en este campo [...] Sin embargo, el Tribunal hace hincapié en que esto no significa que los Estados contratantes gocen de una discrecionalidad ilimitada para someter a las personas bajo su jurisdicción a vigilancia secreta. El Tribunal, al ser consciente del peligro que una ley de este tipo posee para debilitar o incluso destruir la democracia en el terreno de su propia defensa, afirma que los Estados contratantes no pueden, en nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo, adoptar cualquier medida que consideren apropiadas”.

no quiere decir automáticamente que, en este aspecto, gocen de un amplio Margen de Apreciación, más bien, solo que, a este respecto, el Tribunal despliega el principio de subsidiariedad el que, en este aspecto relativo a la implementación del Convenio, se une al principio de primeridad que guía a los Estados. Ya vimos que el principio de primeridad se define como la obligación que tienen los Estados de implementar el Convenio y de realizar una interpretación independiente, lo que viene garantizado por el reconocimiento que realiza el sistema del Convenio de diferencias entre los Estados contratante respecto a dicha implementación.¹⁴⁹

Por ello, sugiero abandonar el uso del Margen de Apreciación como el espacio que tienen los Estados miembros para establecer los hechos, simplemente porque dichos casos no forman parte del uso paradigmático del Margen de Apreciación, no es el caso central, ya que ellos pueden ser explicados, esto es, absorbidos, por los principios de subsidiariedad o de primeridad: en este sentido, el papel del Margen de Apreciación sería redundante y colapsaría en la aplicación de uno u otro principio. Esto se ve apoyado en el hecho de que el Tribunal nunca ha discutido los casos (i) y (ii) como cuestiones aisladas de la calificación de posibles interferencias a derechos, es decir, no ha habido reconocimiento de un Margen de Apreciación para los Estados por parte del Tribunal en un contexto que no sea el de derogaciones o cláusulas de limitación o limitaciones.¹⁵⁰

Por ello, parece ser más relevante, para capturar la forma en que el Tribunal usa el Margen de Apreciación, mirar primero al tipo de derecho sobre el que aplica (derechos que contienen cláusulas de limitación), en vez de la función ínsita a todo proceso de adjudicación de derechos, a saber, la determinación de los hechos relevantes y su calificación.

En otras palabras, al adoptar esta distinción respecto de los casos de la DMA, el establecimiento y la calificación de hechos, se corre el riesgo de convertir al Margen de Apreciación en irrelevante, en la medida de la importancia concomitante que tienen a este respecto los principios de subsidiariedad y primeridad, frente a los cuáles el Margen de Apreciación colapsaría en uno u otro. Si la DMA significa algo conceptualmente (por ejemplo, un principio), debe ser algo distinto de

¹⁴⁹ Véase CHRISTOFFERSEN, 2009: 5 y 359 y ss. Volveremos sobre este importante asunto más adelante.

¹⁵⁰ Esta cuestión polémica, sobre a qué derechos y libertades del Convenio se aplica el margen de apreciación, será analizada con detalle más adelante. Sin embargo, aquí adelantaré que es posible identificar un tendencia del Tribunal a restringir el uso del Margen de Apreciación, mediante el establecimiento de un contexto de aplicación. Así, se ha señalado, por ejemplo, que “una característica general de la jurisprudencia del Tribunal, también en lo que respecta a otras disposiciones del Convenio, que la doctrina del margen de apreciación no se utiliza cuando se trata de determinar si existían salvaguardas procedimentales adecuadas y examinar la calidad del proceso de toma de decisiones. Es difícil ver cómo podría aplicarse el argumento de ‘mejor posición’ a las cuestiones de cumplimiento de los requisitos de procedimiento” (SCHOKKENBROEK, 1998: 34).

la subsidiariedad y la primariedad, por lo que conviene rechazar cualquier criterio, como el de función, que obscurezca, en vez que ilumine, la práctica.

Sin embargo, podría alegarse que, a diferencia del establecimiento de los hechos, la calificación jurídica de ciertos hechos como interferencias legítimas o ilegítimas de derechos y libertades del Convenio, sería, en realidad, el escenario correcto donde se desempeña la DMA. Esta calificación ocurriría en aquellos casos donde el Tribunal debe evaluar si tal o cual acción u omisión de un Estado, que debe perseguir determinados fines descritos solo de manera general en las cláusulas de limitación de derechos (fines que deben ser, como vimos, además, conforme a derecho según el test de tres pasos), que contempla el Convenio, *v.gr.* ciertos hechos operativos llamados en la jerga del Tribunal ‘interferencias’, constituyen una limitación legítima a ellos, vale decir, si dichas interferencias legítimas o ilegítimas (las que constituyen violaciones) a esos derechos o libertades.¹⁵¹

Pero incluso en este caso, que parece ser más claro, en realidad podría argumentarse que el Margen de Apreciación sería solo parte, un útil mecanismo, en una operación más amplia del Tribunal, una en la que despliega mayormente el principio de equilibrio justo [*fair balance*], que no solo sirve para regular la aplicación de las cláusulas de limitación como parte del test de tres pasos (proporcionalidad), sino tendría una aplicación general en otros derechos que no contienen una cláusula de limitación, en cualquier caso en que el Tribunal deba, para adjudicar, realizar una valoración de intereses, individuales y generales, en competencia o en conflictos. Sobre dicho principio, ha dicho el Tribunal que “en el conjunto del Convenio, es inherente la búsqueda de un

¹⁵¹ Respecto a la calificación jurídica, vimos justamente que este es el ámbito del Margen de Apreciación, el que opera en el caso de las limitaciones a derechos y libertades, donde cabe calificar ciertas medidas de interferencias o interferencias *prima facie*, a fin de terminar si ellas son justificadas (la protección del derecho o libertad queda limitada), o si, por el contrario, no lo son (la protección del derecho o libertad se ha violado). Esto es lo que, para algunos, hace típicamente el Tribunal. Por ejemplo, en el caso *Klass and others v. Germany* el Tribunal señaló que “el secretismo de las medidas es lo que hace difícil, si no imposible, que la persona en cuestión solicite cualquier recurso jurídico por su propia cuenta, sobre todo mientras la vigilancia está en curso [...]. La vigilancia secreta y sus implicaciones son hechos que el Tribunal, aunque a su pesar, ha sostenido que son necesarios, en las condiciones de hoy en día en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional y para la prevención de desórdenes o delitos [...] El Convenio ha de leerse como un todo y, por lo tanto, como indicó la Comisión en su informe, cualquier interpretación del artículo 13 (Art. 13) debe estar en armonía con la lógica del Convenio. El Tribunal no puede interpretar o aplicar el artículo 13 (art. 13) con el fin de llegar a un resultado equivalente, de hecho, anulando su conclusión de que la falta de notificación a la persona en cuestión es compatible con el artículo 8 (art. 8) con el fin de garantizar la eficacia de las medidas de vigilancia [...]. En consecuencia, el Tribunal, de manera coherente con sus conclusiones sobre el artículo 8 (art. 8), sostiene que la falta de notificación no constituiría, en las circunstancias del caso, una violación del artículo 13 (art. 13)”, caso *Klass and others v. Germany*, aplicación No. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978, §68.

equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo”.¹⁵²

En este sentido, se ha precisado que el Tribunal considera “dos tipos de evaluación proporcional”, la primera consiste en que “un ‘equilibrio justo’ debe alcanzarse entre el derecho de los aplicantes particulares y el interés general del público. Una búsqueda de tal balance se considera como ‘inherente’ en la totalidad del Convenio”; la segunda, “que es una versión modificada y más específica de la segunda, se define como una relación razonable entre los medios empleados, incluyendo su severidad y duración, y el objetivo público que se busca” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 193), que sería el test de tres pasos o de proporcionalidad propiamente tal.¹⁵³

Así, el principio de *fair balance* cumple dos funciones principales: “En primer lugar, el principio permite al Tribunal apreciar la proporcionalidad del comportamiento del Estado demandado.¹⁵⁴ Varios comentaristas han identificado el principio del equilibrio justo como base para que el Tribunal realice un análisis de proporcionalidad” (MOWBRAY, 2010: 308).¹⁵⁵ La segunda función que cumple el principio del equilibrio justo “es proporcionar un mecanismo que permita al Tribunal determinar si el Estado demandado está sujeto a una obligación positiva implícita dimanante del Convenio” (MOWBRAY, 2010: 310).¹⁵⁶

¹⁵² Caso *Soering v. United Kingdom*, aplicación 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, §89. Aunque los antecedentes del *fair balance* se encuentran en el caso *Belgian Linguistics*.

¹⁵³ En este sentido, ha sido relevante el caso *Casado Coca v. Spain*, aplicación No. 15450/89, sentencia de 24 de febrero de 1994, §55, donde el Tribunal señaló que tratar de alcanzar un equilibrio entre los derechos y los intereses en juego, no solo le corresponde valorarlo a él, sino que también queda entegado en primer lugar a los Estados miembros y sus órganos: “Debido a su contacto directo y continuo con sus miembros, las autoridades del Colegio de Abogados y los tribunales del país están en mejores condiciones que un tribunal internacional para determinar cómo, en un momento dado, puede lograrse el equilibrio adecuado entre los diversos intereses en juego. Las exigencias de la buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir información sobre la asistencia letrada y la posibilidad de publicitar sus prácticas”.

¹⁵⁴ Esta función se aprecia en lo que el Tribunal sostuvo en el caso *Hutten-Czapska v. Poland*, donde el Tribunal señaló que: “No sólo una injerencia en el derecho de propiedad debe perseguir, tanto en los hechos como en principio, un ‘objetivo legítimo’ en el ‘interés general’, sino que también debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido por cualquier medida aplicada por el Estado, incluyendo medidas destinadas a controlar el uso de la propiedad del individuo. Este requisito se expresa en la noción de un ‘equilibrio justo’ entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo. La preocupación por lograr este equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo No. 1 en su conjunto. En cada caso que implique una presunta violación de dicho artículo, el Tribunal debe, pues, determinar si, debido a la injerencia del Estado, el interesado tuvo que soportar una carga desproporcionada y excesiva [...]”, caso *Hutten-Czapska v Poland*, aplicación 35014/97, sentencia de 19 de junio de 2006, §167.

¹⁵⁵ Esta es la opinión que se adopta en la principal monografía sobre el tema, véase CHRISTOFFERSEN, 2009.

¹⁵⁶ Como el Tribunal ha sostenido, por ejemplo para el artículo 10, en el caso *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, aplicación No. 32772/02, sentencia de 30 de junio de 2009, §91: “El Tribunal debe comprobar si, habida cuenta de la importancia de la ejecución de sus sentencias en el sistema

En cualquier caso, lo anterior es relevante para la conceptualización del Margen de Apreciación, ya que como vimos, ubicar al Margen de Apreciación en la función de la calificación jurídica de los hechos, confundiría la cuestión relativa al límite del poder de revisión del Tribunal sobre dichos hechos operativos de las normas que establecen limitaciones de derechos, con la cuestión sobre la naturaleza de la DMA.

Por todo ello, es mejor dejar de lado este enfoque casuístico. Esto, porque la conceptualización casuística de la DMA tiene que ser capaz de cubrir todos los casos en que el Tribunal usa la expresión ‘margen de apreciación’ en la práctica jurídica ínsita a la jurisprudencia del Tribunal. Como vimos, esto no solo presenta dificultades metodológicas, ya que presupone la existencia de una práctica jurisprudencial con ciertos rasgos definidos, a saber, un papel para el Margen de Apreciación que sea distinto de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, primeridad y equilibrio justo; sino que, al mismo tiempo, oscurece la cuestión de fondo, a saber, no queda claro ni para qué ni por qué se concede dicho margen en primer lugar, debido a que la sistematización que se ofrece de los usos del Margen de Apreciación (casos i-v), solo alcanza a ser un mero listado, ya que no acierta en identificar un criterio de clasificación claro sobre dichos usos.

En lo sucesivo trataré de enfrentar estas cuestiones, ya que aquí solo pretendía mostrar algunas dificultades teóricas del enfoque casuístico para intentar construir un concepto de Margen de Apreciación, al relevar la clase de confusión conceptual que dicho enfoque produce. Dicho esto, a continuación, mostraré cuáles son y por qué es preferible concentrarse en los criterios de aplicación de la DMA, la que defiendo como una mejor aproximación al problema de elucidar un concepto de Margen de Apreciación.

de Convenio y de los principios aplicables, el Estado demandado tenía la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para permitir que el anuncio de televisión en cuestión fuera transmitido tras la constatación del Tribunal de una violación del artículo 10. Para determinar si existe tal obligación, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo”. En el mismo sentido, el caso *Mentzen (aka Mencena) v. Latvia*, aplicación No. 71074/01, admisibilidad, 7 de diciembre de 2004, donde el Tribunal dijo que: “Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no se prestan a una definición precisa. No obstante, en ambos contextos debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe establecerse entre los intereses competitivos del individuo y la comunidad en su conjunto [...]. Para determinar si se ha alcanzado ese equilibrio, el Tribunal debe tener en cuenta el margen de apreciación dejado al Estado en la esfera de que se trate”.

3. Criterios para la aplicación del Margen de Apreciación.

El Tribunal, consciente del desarrollo casuístico de la DMA, ha tenido presente las tensiones causadas en su jurisprudencia por su uso. Por ello, ha tratado de explicitar el contexto en el cual debería aplicarse el Margen de Apreciación, es decir, “las premisas racionales que el Tribunal ha consistentemente invocado para vindicar la aplicación del Margen de Apreciación” (ARAI-TAKAHASHI, 2013: 87). Dicho contexto es variable y determina el alcance de la aplicación de la doctrina misma.¹⁵⁷ Esto lo ha dejado claro ya desde el caso *The Sunday Times*, donde el Tribunal había sugerido que:

Una vez más, el alcance del poder doméstico de apreciación no es idéntico en lo que respecta a cada uno de los objetivos enumerados en el Artículo 10-2 [...] En consecuencia, aquí una supervisión europea más extensiva corresponde a un menor poder de apreciación discrecional.¹⁵⁸

Es a partir de este contexto o, más precisamente, contextos de aplicación del DMA, desde el que me propongo enfrentar el enfoque casuístico al que me referí antes, aquel que busca construir un concepto del Margen de Apreciación, a través de la identificación en la jurisprudencia de todos los casos en que el Tribunal ha invocado dicha doctrina.¹⁵⁹ El problema de dicho enfoque, como vimos, es que impide elucidar el concepto de DMA, esto es, no permite relevar cuál es su propósito en el proceso de adjudicación que el Tribunal realiza (porque no establece cuál es la función específica de la DMA, distinta de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, primeridad y equilibrio justo; y porque no identifica claramente el criterio que permite clasificar los casos a los que se aplica la DMA).

¹⁵⁷ Se ha señalado al respecto: “La amplitud exacta del margen de apreciación en un caso particular es difícil de especificar antes de la sentencia del Tribunal, porque varía de acuerdo con el equilibrio preciso del principio anterior que el Tribunal considera apropiado en la materia en cuestión. Es posible decir que el margen es probablemente más amplio cuando el Tribunal considera si las derogaciones son estrictamente requeridas en un momento de grave emergencia pública y en más estrecha cuando se alega una violación de la vida privada y personal de una persona” (MACDONALD, 1987: 207).

¹⁵⁸ Caso *The Sunday Times v. United Kingdom*, aplicación No. 6538/74, sentencia 26 de abril de 1979, §59.

¹⁵⁹ A este enfoque metodológico sobre el estudio de la DMA, se le denomina también deductivista o principialista (GARCÍA ROCA, 2010: 145 y ss.). Creo que es un error calificarlo de esta manera, ya que el autor recoge “los elementos de esta regla de decisión de la jurisprudencia europea” (GARCÍA ROCA, 2010: 144), de otro autor, Paul Mahoney, sin incorporar la salvedad que realiza el autor respecto de dichos elementos. Así, el genuino enfoque de Mahoney, que es al que adhiero aquí, se basa en la propia actitud del Tribunal respecto de establecer una elucidación general del Margen de Apreciación: “En general, el Tribunal ha mantenido su hábito de evitar declaraciones de principios amplias, prefiriendo proceder de forma escalonada caso a caso”, razón por la cual Mahoney prefiere, a la hora de dar cuenta de la DMA, identificar “tendencias generales [...] posibles factores capaces de afectar el alcance de la discrecionalidad democrática nacional” (MAHONEY, 1998: 5).

Frente a esto, ha sido el propio Tribunal el que ha establecido criterios para la aplicación de la DMA, los que vinieron a circunscribir el ámbito de acción de la DMA principalmente al caso de la aplicación de las cláusulas de limitación. En este sentido, el Tribunal ha mantenido, desde fines de la década de los 70 y de manera consistente, que:

El alcance del margen de apreciación variará en función de las circunstancias, el asunto del que se trate y su trasfondo. A este respecto, uno de los factores relevantes, puede ser la existencia o no existencia de puntos en común entre las leyes de los Estados contratantes.¹⁶⁰

Con este trasfondo, el Tribunal se refería a la búsqueda de una equivalencia normativa entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros, es decir, puntos en común en las distintas legislaciones. De esta idea, de la convergencia en un trasfondo normativo común, el Tribunal avanzó hacia la idea más amplia de un contexto, la que excede lo puramente jurídico. Así, ha dicho que:

El alcance de este margen de apreciación no es idéntico en cada caso, pero puede variar según el contexto [...]. Los factores relevantes incluyen la naturaleza del derecho de la Convención en cuestión, su importancia para el individuo y la naturaleza de las actividades de que se trate.¹⁶¹

La insistencia del Tribunal en este asunto llevó, desde de la década de los 80, a que los autores que trabajaban sobre la DMA, hayan resaltado la existencia de ciertos estándares para la aplicación de la doctrina a través de la jurisprudencia del Tribunal.¹⁶²

¹⁶⁰ Caso *Rasmussen v. Denmark*, aplicación No. 877/79, sentencia de 28 de noviembre de 1984, §40. Este caso se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar y a la no-discriminación, consagrado en los arts. 8 y 14 del Convenio respectivamente, el que habría sido conculcado al negarse al padre de una menor, el Sr. Rasmussen, cuestionar judicialmente la paternidad sobre su hija, con el fin de poner fin a los pagos por manutención mensual, debido a la presentación fuera de plazo de acciones y recursos en un proceso de determinación de paternidad.

¹⁶¹ Caso *Buckley v. United Kingdom*, aplicación 20348/92, sentencia de 25 de septiembre de 1996, §74. Este caso se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar, consagrado en el art. 8 del Convenio, de una familia gitana que vivían en su caravana aparcada en un terreno de su propiedad, pero no contando para ello con un permiso definitivo de obras del consejo distrital respectivo, el que finalmente fue revocado por éste y, en consecuencia, ordenándose el desalojo de la familia.

¹⁶² Estos criterios para determinar la magnitud del Margen de Apreciación, deben distinguirse, por ahora, de otros criterios semejantes que el Tribunal ha establecido para determinar la aplicación del test de tres pasos, a la hora de evaluar las interferencias a derechos y libertades del Convenio. Este punto es importante, ya que hay confusión entre estos criterios para aplicar dicho test de tres pasos, con los que justifican la aplicación del Margen de Apreciación. El origen de esta confusión, como se verá, es que la oportunidad para aplicar el Margen de Apreciación coincide, como vimos, con uno de los pasos en la evaluación de la interferencia mediante el test de tres, al evaluar la necesidad de la medida de interferencia, cuestión que no ocurre cuando el Margen de Apreciación se aplica en la admisibilidad. De todos modos, cuando se trata de la aplicación del test de tres pasos, se ha dicho que: “Para determinar si una interferencia con el derecho es proporcional, son susceptibles de ser considerados: el impacto sobre el derecho de que se trate, los motivos de la interferencia, los efectos sobre el solicitante y el contexto. Dos factores importantes, sobre todo en relación con el fundamento para la interferencia, tienen que ver con son el conocimiento local y la dificultad para balancear objetivamente las metas de políticas en competencia” (GREER, 2000: 20).

Entre dichos estándares, son tres los más destacados: la existencia de un consenso en el Derecho y la práctica entre los Estados miembros, la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista,¹⁶³ y la identificación de ciertos elementos textuales cuyo análisis “inciden en el margen de apreciación” (O’DONNELL, 1982: 479-493).¹⁶⁴

A partir de allí, otros autores han insistido en multiplicar dichos estándares, pero en realidad solo se trata de precisiones o ampliaciones que apuntan a la misma idea: delimitar un contexto de aplicación para la DMA, circunscribiendo esta doctrina fundamentalmente al caso de derechos que contemplen una cláusula de limitación y agregando a ellos los casos de derogación en caso de estado de excepción, mediante la referencia a ciertos elementos coadyuvantes relativos al contexto.¹⁶⁵

En cualquier caso, el Tribunal ha destacado el valor del consenso para determinar la magnitud del Margen de Apreciación, en la medida de que él sea funcional para, como vimos, uno de los principios centrales del sistema europeo de derechos humanos, a saber, la preservación del pluralismo:¹⁶⁶

¹⁶³ Más adelante veremos por qué es necesario agregar ‘pluralista’ a ‘democrático’.

¹⁶⁴ Son varios los casos donde el Tribunal se refiere a los elementos a tomar en cuenta para determinar la magnitud del Margen de Apreciación, véase, por ejemplo, los casos *Kokkinakis v. Greece*, aplicación No. 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993, §31; *Manoussakis and Others v. Greece*, aplicación No. 18748/91, sentencia del 26 de septiembre de 1996, §44; *Leyla Şahin v. Turkey*, aplicación No. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, §110; y *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §34. En Eweida señaló que: “Al determinar el margen de apreciación que debe concederse al Estado en lo que respecta a las limitaciones a la libertad de religión, el Tribunal tuvo que tener en cuenta lo que estaba en juego, a saber, la necesidad de mantener un verdadero pluralismo religioso inherente al concepto de democracia. La protección del artículo 9 carecería de contenido si no fuese más que salvaguardar la manifestación privada de fe o convicción, en una forma generalmente reconocida, en la que el Estado determinó esta misma cuestión”, caso *Eweida and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013, §73. A pesar de ello, hay autores que insisten en restar importancia a dichos elementos (véase LETSAS, 2007: 59 y ss.; ZYSSET, 2017: 120 y ss.). Volveremos sobre este asunto en la Parte II.

¹⁶⁵ En este sentido, se ha señalado que para aplicar la DMA se debe atender a: (1) el fundamento de la limitación que se encuentra bajo el inciso segundo de los artículos 8-11; (2) la importancia del derecho en cuestión; (4) y del consenso entre los Estados; (3) [sic] el campo de las políticas; (5) la referencia a otras convenciones; (6) la existencia de la incerteza interna o disputa sobre las normas o prácticas bajo examen; (7) el criterio de ‘substancia’; (8) la existencia de una situación particular o local; (9) y el carácter excepcional de la situación (BREMS, 1996: 256).

¹⁶⁶ A pesar de que es posible detectar la apelación al consenso en la jurisprudencia del Tribunal desde fines de la década de los 70, la noción misma de consenso y su metodología para identificarlo se mantuvieron por mucho tiempo obscuras (véase HELFER, 1993). Sin embargo, como veremos, el Tribunal ha hecho esfuerzos para corregir estas carencias, tanto a nivel organizativo como metodológico: “El Tribunal, especialmente en el pasado, utilizó informes de organizaciones no gubernamentales (ONG) o presentaciones de las partes que contenían análisis comparativos, en lugar de su propia investigación independiente. Solo después de la creación de la División de Investigación, el Tribunal comenzó a realizar esa investigación. Sin embargo, los recursos disponibles para la División de Investigación son limitados” (DZEHTSIAROU, 2015: 22). Como veremos, incluso a pesar de jurisprudencia reciente, hay autores que

A fin de determinar el alcance del margen de apreciación en el presente caso, el Tribunal debe tener en cuenta lo que está en juego, a saber, la necesidad de mantener un verdadero pluralismo religioso, vital para la supervivencia de una sociedad democrática [...]. El Tribunal también puede tener en cuenta cualquier consenso y valores comunes que surjan de las prácticas de los Estados partes en el Convenio [...].¹⁶⁷

Así que, en este sentido, el consenso y los valores comunes deberían provenir del análisis comparativo de su existencia en los distintos Estados miembros, a fin de alcanzar una convergencia normativa.¹⁶⁸ Esto, contrastaría con la idea de pluralismo, que sería un valor que el Tribunal busca instanciar, un valor, como ya dijimos, inmanente a todo el sistema del Convenio y, por lo tanto, le correspondería a él mismo, en primer lugar, velar por su resguardo y posibilitar su adecuada instanciación.

En otras palabras, mientras que el consenso y la convergencia normativa se construyen inductivamente desde los sistemas jurídicos de los Estados miembros, proceso de convergencia que el Tribunal debe corroborar y supervisar; el pluralismo, por el contrario, sería parte del *ethos* del sistema europeo de derechos humanos, siendo el Tribunal el encargado de resguardar su preservación.

El caso *S.A.S. v. France* muestra claramente este punto.¹⁶⁹ Como vimos, allí el Tribunal enfatizó que lo que justamente estaba en juego en ese caso eran el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de

consideran que el recurso al consenso es todavía “un método de *justificación* en vez que un método de *interpretación*” (ZYSSET, 2017: 133).

¹⁶⁷ Caso *Bayatyan v. Armenia*, aplicación No. 23459/03, sentencia de 7 de julio de 2011, §122.

¹⁶⁸ Detrás de esta cuestión, se encuentra un debate de mayor alcance respecto de la identidad del sistema jurídico europeo, cuestión que se vincula con la enseñanza del Derecho europeo como tal (esto es, como categoría autónoma o fragmentaria), de la integración normativa y del papel que le cabe a la Corte de Luxemburgo en ella, de la autonomía y supremacía del Derecho comunitario y de la Constitución europea como base para la determinación de identidad jurídica que tal Derecho supone. Para efectos de la convergencia normativa que el Tribunal debe identificar, a propósito del Margen de Apreciación, son relevantes dos cuestiones. La primera, “si existe, en un sentido jurídico, una ley básica sobre la cual toda la arquitectura europea descansa” (FISCHER, 1998: 162) y de qué manera el sistema del Convenio, mediante los derechos, libertades, instituciones y mecanismos de protección que establece, son parte de esa Constitución. La segunda, es el rol que le cabría al Tribunal en ese proceso de integración. En otras palabras, si el sistema del Convenio tiene un rol relevante, constitutivo (central) o solo coordinativo (subsidiario), en la identidad del sistema jurídico europeo.

¹⁶⁹ Hay otros casos igualmente relevantes. Por ejemplo, el caso *Eweida and Others* señaló: “El Tribunal recuerda que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’ en el sentido de la Convención, tal como está consagrado en el artículo 9. En su dimensión religiosa, es uno de los más vitales elementos que van a formar la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes. El pluralismo indisoluble de una sociedad democrática, depende de ello”. Más adelante concluye que: “A juicio del Tribunal, estos factores se combinan para mitigar el alcance de la injerencia sufrida por la demandante y deben tenerse en cuenta. Por otra parte, al considerar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por una empresa privada, las autoridades nacionales, en particular los tribunales, actúan dentro de un margen de apreciación, pero el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se alcanzó un equilibrio justo. El deseo de la Sra. Eweida de manifestar su creencia religiosa, como se ha señalado

apertura,¹⁷⁰ como valores constitutivos del sistema del Convenio; distinguiéndolos, claramente, de la idea de consenso y valores comunes que surgen de las prácticas jurídicas de los Estados miembros. A este respecto señaló que:

El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una ‘sociedad democrática’. Aunque los intereses individuales deben subordinarse en ocasiones a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de una mayoría siempre deben prevalecer: debe lograrse un equilibrio que garantice el trato justo de las minorías y evite el abuso de una posición dominante [...]. El pluralismo y la democracia también deben basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso que implique necesariamente varias concesiones por parte de individuos o grupos de individuos justificadas para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática [...] Cuando estos ‘derechos y libertades de los demás’ se encuentran entre los garantizados por el Convenio o sus Protocolos, debe admitirse que la necesidad de protegerlos puede llevar a los Estados a restringir otros derechos o libertades establecidos en el Convenio. Es precisamente esta búsqueda constante de un equilibrio entre los derechos fundamentales de cada individuo que constituyen el fundamento de una ‘sociedad democrática’ [...].¹⁷¹

En cambio, sobre el consenso y los valores comunes señala:

Por consiguiente, en lo que respecta al artículo 9 del Convenio, el Estado debe gozar, en principio, de un amplio margen de apreciación para decidir si y en qué medida es necesaria una limitación del derecho a manifestar su religión o sus creencias. Dicho esto, al delimitar el alcance del margen de apreciación en un caso determinado, el Tribunal debe tener en cuenta lo que está en juego [...]. También puede considerarse, si procede,

anteriormente, es un derecho fundamental: porque una sociedad democrática sana necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, pero también el valor de un individuo que ha hecho de la religión un principio central de su vida para poder comunicar esa creencia a los demás. En el otro lado de la escala, está el deseo del empresario de proyectar una determinada imagen corporativa. El Tribunal considera que, si bien este objetivo era indudablemente legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasiado peso. La cruz de la Sra. Eweida era discreta y no podía haber desmerecido su aspecto profesional. No hubo pruebas de que el uso de otras prendas religiosas previamente autorizadas, como turbantes e hiyabs, por parte de otros empleados, tuviera algún impacto negativo en la marca o imagen de British Airways. Además, el hecho de que la empresa haya podido modificar el código de uniformes para permitir el uso visible de joyas simbólicas religiosas, demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial”, caso *Eweida and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013, §79 y §94.

¹⁷⁰ Cabe recordar que la primera referencia que hizo el Tribunal a los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, se encuentran en el caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §49, donde señaló que: “Las funciones de supervisión del Tribunal le obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada ser humano. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2), es aplicable no sólo a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, choquen o molesten al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, de la tolerancia y de la espíritu de apertura sin los cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa, entre otras cosas, que toda ‘formalidad’, ‘condición’, ‘restricción’ o ‘sanción’ impuesta en este ámbito debe ser proporcionada al objetivo legítimo perseguido”.

¹⁷¹ Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §128.

cualquier consenso y valores comunes que surjan de las prácticas de los Estados partes en el Convenio.¹⁷²

En el caso *Mentzen*, sobre el sistema de transcripción de nombres en Letonia respecto de un apellido de origen alemán, que fue declarado inadmisibles por estar manifiestamente mal fundado, el Tribunal recurre al Margen de Apreciación para fundar su decisión.¹⁷³ Al igual que en los casos antedichos, el Tribunal vincula las particularidades contextuales del Estado y la ausencia de consenso europeo en este punto (dar, reconocer y usar apellidos) con el Margen de Apreciación. Por esta razón, no hay violación a las obligaciones del Convenio, incluso cuando, comparativamente hablando, la legislación que regula el sistema de transcripción de apellidos de Letonia sea único en Europa. Con esto, el Tribunal reconoce que la diversidad es un valor. A este respecto señaló que:

El proceso por el que se dan, reconocen y usan los nombres y apellidos, es un ámbito en el que las particularidades nacionales son las más fuertes y en las que prácticamente no hay puntos de convergencia entre las normas internas de los Estados contratantes. Este dominio refleja la gran diversidad existente entre los Estados miembros del Consejo de Europa. En cada uno de estos países, el uso de nombres está influido por una multitud de factores de carácter histórico, lingüístico, religioso y cultural, por lo que es extremadamente difícil, si no imposible, encontrar un denominador común. En consecuencia, el margen de apreciación de que gozan las autoridades estatales en este ámbito es particularmente amplio [...] El Tribunal reitera que, en los casos que surgen de solicitudes individuales, su tarea no es revisar la legislación o la práctica pertinente en abstracto; debe, en la medida de lo posible, limitarse, sin pasar por alto el contexto general, al examen de las cuestiones planteadas por el asunto de que se trate [...] Asimismo, el hecho de que un país se encuentre aislado en un aspecto de su legislación no implica necesariamente que ese aspecto ofende al Convenio, en particular en un ámbito tan estrechamente ligado a las tradiciones culturales e históricas de cada sociedad [...] En consecuencia, el Tribunal considera que no tiene competencia para pronunciarse sobre el sistema letón de transcripción de apellidos como tal. Su único cometido consiste en determinar si la adaptación por parte de las autoridades nacionales de la forma escrita del apellido de la demandante en el presente caso puede constituir una violación de sus derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio [...].¹⁷⁴

Esto es destacable, ya que, algunas veces, el Tribunal ha apuntado a que existe consenso sobre un tema determinado basándose en un criterio cuantitativo o estadístico, es decir, de cuántos Estados miembros tienen tal o cual posiciones sobre un tema determinado, por ejemplo, en el caso de la prohibición del aborto, comparando si las demandantes podrían, en el mismo estado o etapa de gravidez, haber obtenido la interrupción de su embarazo en otros Estados miembros distintos del

¹⁷² Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014, §129.

¹⁷³ “En resumen, el Tribunal considera que las autoridades letonas no han sobrepasado el margen de apreciación que se les otorga en este ámbito. De ello se deduce que debe desestimarse el recurso por estar manifiestamente mal fundado, con arreglo al artículo 35, apartados 3 y 4, del Convenio”, caso *Mentzen (aka Mencena) v. Latvia*, aplicación No. 71074/01, admisibilidad, 7 de diciembre de 2004.

¹⁷⁴ Caso *Mentzen (aka Mencena) v. Latvia*, aplicación No. 71074/01, admisibilidad, 7 de diciembre de 2004.

suyo.¹⁷⁵ Por el contrario, otras veces abandona dicho criterio cuantitativo o estadístico, por consideraciones más substantivas. Así, en el mismo caso, el Tribunal señala que, respecto del origen de la vida, no hay un consenso europeo que permita restringir el Margen de Apreciación, porque sería polémica la cuestión sobre el inicio de la vida.¹⁷⁶

Todo esto lleva a afirmar, en primer lugar, una distinción clara, a la hora de determinar la aplicación del Margen de Apreciación, entre, por una parte, los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, que serían parte del *ethos* del Convenio y que corresponde al Tribunal instanciar y resguardar, con el propósito de garantizar el trato justo de las minorías y evite el abuso de una posición dominante;¹⁷⁷ y por otra, entre la identificación de un consenso y valores comunes europeos, los que corresponde al Tribunal reconocer a partir de las prácticas

¹⁷⁵ El Tribunal ha dicho que “En el presente caso, y contrariamente a lo que afirma el Gobierno, el Tribunal considera que efectivamente existe un consenso entre la gran mayoría de los Estados contratantes del Consejo de Europa, en el sentido de permitir el aborto por razones más amplias de las que reconoce la legislación irlandesa. En particular, el Tribunal observa que la primera y segunda solicitantes podrían haber obtenido un aborto a petición (de acuerdo con ciertos criterios, incluyendo los límites gestacionales) en unos 30 de esos Estados. La primera demandante podría haber obtenido un aborto justificado por razones de bienestar y de salud en aproximadamente 40 Estados contratantes y la segunda demandante podría haber obtenido un aborto justificado por razones de bienestar en unos 35 Estados contratantes. Solo 3 Estados tienen un acceso más restrictivo a los servicios de aborto que Irlanda, es decir, una prohibición del aborto sin tener en cuenta el riesgo para la vida de la mujer. Algunos Estados han ampliado en los últimos años los motivos por los cuales se puede obtener aborto (véase el párrafo 112 supra). Irlanda es el único Estado que permite el aborto únicamente cuando exista un riesgo para la vida (incluyendo la auto-destrucción) de la futura madre. Dado este consenso entre la gran mayoría de los Estados contratantes, no es necesario mirar más allá de las tendencias y los puntos de vista internacionales que de las dos primeras demandantes, y algunas de las terceras partes alegaron también inclinarse en favor de un mayor acceso al aborto”. Caso *A, B and C v. Ireland*, aplicación 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010, §235.

¹⁷⁶ “De importancia central es el hallazgo en el caso *Vo*, citado anteriormente, que la cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida cae dentro del margen de apreciación de los Estados, porque no había consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida, por lo que era imposible responder a la pregunta de si el feto era una persona a proteger a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos reclamados en nombre del feto y los de la madre están inextricablemente interconectados [...] el margen de apreciación concedido a la protección de los no nacidos de un Estado, se traduce necesariamente en un margen de apreciación para ese Estado en cuanto a la forma en que equilibre los derechos en conflicto de la madre. De ello se sigue que, incluso si se desprende de las leyes nacionales a que se refiere que la mayoría de las Partes Contratantes pueden haber resuelto en su legislación esos derechos e intereses en conflicto en favor de un mayor acceso legal al aborto, este consenso no puede ser un factor decisivo en el examen del Tribunal de si la prohibición impugnada sobre el aborto en Irlanda por motivos de salud y el bienestar, alcanza un justo equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto, a pesar de la interpretación evolutiva del Convenio [...]”. Caso *A, B and C v. Ireland*, aplicación 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010, §237.

¹⁷⁷ En la actualidad, el Tribunal utiliza la fórmula siguiente: “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son un rasgo distintivo [*hallmark*] de una ‘sociedad democrática’”, caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014, §128. Antes, usó la fórmula en los casos *Bayatyan v. Armenia*, aplicación No. 23459/03, sentencia de 7 de julio de 2011, §126 y *Dickson v. United Kingdom*, aplicación No. 44362/04, de 4 de diciembre de 2007, §75. Sin embargo, el primer uso de esa fórmula parece estar en el caso *Young, James and Webster v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 7601/76; 7806/77, sentencia de 13 de agosto de 1981, §63. Volveremos sobre la idea de la protección de las minorías en la Parte II.

jurídicas de los Estados miembros. En segundo lugar, que a partir de esta distinción que realiza el Tribunal en su jurisprudencia, surgen dos de los criterios que más atención han recibido en la determinación de la aplicación del Margen de Apreciación.

Respecto del consenso, se pueden identificar al menos dos posturas principales. La primera postura, defiende que el Tribunal ha morigerado con el tiempo la idea de la búsqueda de un consenso jurídico-normativo (en el derecho y en las prácticas jurídicas) y se ha acercado a la idea de identificar ciertos valores comunes europeos. En otras palabras, el Tribunal debería identificar un conjunto común de valores o principios compartidos por los Estados miembros, como indicador de la existencia de dicho consenso (esta tesis ha sido defendida entre otros por Letsas).¹⁷⁸ Si esta interpretación es correcta, debe señalarse que, a partir de la jurisprudencia del Tribunal desde la década de los 80, queda claro que dicho consenso traslapado de valores entre los Estados miembros, no incluye los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, ya que ellos serían ínsitos al Convenio, parte de su *ethos*, y, por lo tanto, le correspondería al Tribunal velar por ellos.¹⁷⁹ Si, además, los Estados miembros reconocen estos valores, ello no afecta al sentido principal de consenso y valores comunes que el Tribunal utiliza en estos casos.

La segunda postura, señala que la idea de consenso y valores comunes son cuestiones separadas, pero que el Tribunal ha equiparado con el tiempo mediante una metodología más clara para su identificación, a través de un análisis comparativo de las normas y prácticas de los sistemas jurídicos de cada Estado miembro (esta tesis ha sido defendida, entre otros, por DZEHTSIAROU, 2015).¹⁸⁰ Si este fuera el caso, de igual manera los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura quedarían fuera de la idea de valores comunes, aunque ciertamente el Tribunal apostaría por una prioridad de dichos valores frente a otros valores comunes que puedan los Estados miembros compartir.

Para captar mejor este punto, quizás sea bueno presentar un ejemplo. Volviendo al caso planteado en la parte introductoria, es posible reconocer el valor del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en los sistemas jurídicos de Alemania, Francia y Turquía, a pesar de que ellos no comparten el mismo principio, valor común, respecto al papel que le cabe al Estado en su relación con las religiones y en las manifestaciones religiosas en la escuela pública. Como vimos, ellos

¹⁷⁸ Véase LETSAS, 2013a.

¹⁷⁹ Contra esto, Letsas señala: “Cuanto más importante es el Convenio en el derecho y la política europeos, mayor es la necesidad de reflexionar sobre los fundamentos morales de los derechos e insistir en que los tribunales apliquen consistentemente principios de interpretación que puedan justificarse como valores abstractos de moralidad política. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud, sin las cuales no hay sociedad democrática” (LETSAS, 2007: 16). Volveremos sobre estas ideas en la Parte II.

¹⁸⁰ Véase DZEHTSIAROU, 2015.

recogen principios distintos, a saber, el de neutralidad, laicidad y secularismo, respectivamente, lo que se traduce en regulaciones jurídicas diferentes respecto de si los profesores pueden enseñar en las escuelas públicas con las vestimentas que sus creencias religiosas imponen. Más aún, a pesar de esta ausencia de consenso en la práctica jurídica y de la falta de valores comunes, el Tribunal acudió a los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, a fin de declarar si hubo o no interferencias justificadas a la libertad religiosa, al menos en los casos que, hasta la fecha, ha conocido y que solo involucran a Francia y Turquía.¹⁸¹ Esto, al mismo tiempo, determina la extensión del Margen de Apreciación, ya que a pesar de la ausencia de consenso y valores comunes, es posible que la amplitud del Margen de Apreciación se reduzca en la medida de que el derecho afectado sea fundamental para un sistema democrático y pluralista. Por ello, el propósito del Tribunal al buscar instanciar dichos valores de la democracia, el pluralismo y el espíritu de apertura, es garantizar el trato justo de las minorías y evitar el abuso de una posición dominante en el proceso democrático. De esta manera, creo que debe interpretarse la prohibición del artículo 17 y la restricción del alcance de las limitaciones del artículo 18 del Convenio, en el caso de aplicaciones de los artículos 8-11.

Sin embargo, como vimos antes, en un contexto distinto, por ejemplo, la manifestación de creencias religiosas en la escuela privada, en Alemania, Francia y Turquía está permitido que los profesores vistan según sus creencias religiosas. Así que, habiendo consenso en dichos Estados en este punto (consenso entendido como convergencia en las prácticas jurídicas), sigue siendo

¹⁸¹ Para el caso de Francia, véase caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014, §109, ya referido. Para el caso de Turquía, se trata del caso *Leyla Şahin v. Turkey*, aplicación No. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, §108, donde en lo pertinente el Tribunal señaló: “El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, son características de una ‘sociedad democrática’. Aunque los intereses individuales deben subordinarse en ocasiones a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de una mayoría siempre deben prevalecer: se debe lograr un equilibrio que garantice el trato justo y adecuado de las minorías y evite cualquier abuso de una posición dominante [...]. El pluralismo y la democracia también deben basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso que implique necesariamente varias concesiones por parte de individuos o grupos de individuos justificadas para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática [...]. Cuando estos ‘derechos y libertades’ se encuentran entre los garantizados por el Convenio o sus Protocolos, debe admitirse que la necesidad de protegerlos puede llevar a los Estados a limitar otros derechos o libertades establecidos en el Convenio. Es precisamente esta constante búsqueda de un equilibrio entre los derechos fundamentales de cada individuo que constituyen el fundamento de una ‘sociedad democrática’ [...]”. Otro, es el caso *Kurtulmuş v. Turkey*, aplicación No. 65500/01, decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006, el Tribunal señaló que: “La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, consagrada en el artículo 9 del Convenio, representa uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’, en el sentido del Convenio. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más vitales que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien precioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. El pluralismo indisoluble de una sociedad democrática, que se ha ganado a lo largo de los siglos, depende de ello”.

dicho consenso independiente del valor que el Tribunal asigna al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, que forman parte del *ethos* del sistema Convenio.

Por ello, creo que es más adecuado adoptar aquí la segunda postura, a saber, la que enfatiza que conviene distinguir entre la idea de consenso y la de valores comunes, y, por otra parte, distinguir a éstos, de los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. Además, que, en la mayoría de los casos, la expresión consenso europeo “ha sido empleada para indicar una tendencia en el derecho de las partes contratantes” (DZEHTSIAROU, 2015:12), tendencias que deben identificarse mediante un método adecuado. Esto contrasta, como dijimos, con la primera postura, ya que:

Parece ser un poco prematuro afirmar que la idea de consenso europeo ha sido abandonada por el Tribunal en favor de un principio poco claro de ‘valores comunes’. Es cierto que, en el pasado, el Tribunal no se ha preocupado demasiado por la naturaleza jurídica formal de una tendencia jurídica particular que se utilizó para demostrar la existencia de un consenso europeo, sino que buscó más la realidad de tal tendencia. Hoy en día, esta realidad debe estar claramente justificada por algunos desarrollos rastreables de los Estados miembros. (DZEHTSIAROU, 2015: 44-45).¹⁸²

Queda pendiente determinar lo siguiente, ¿sobre qué exactamente el Tribunal debe constatar el consenso? Porque solo se ha dicho que ese consenso se debe encontrar *en* las prácticas jurídicas de los Estados, pero no *sobre* qué aspecto de ellas. A este respecto, se ha dicho que el consenso puede darse a dos niveles: al nivel de reglas y al nivel de principios. Respecto de las reglas, el Tribunal: “a menudo identifica una tendencia en lugar de poner la cuestión en suspenso hasta que se establezca la unanimidad. Dicho esto, la Corte puede establecer casi unanimidad a nivel de reglas. En el caso *Ünal Tekeli v. Turkey*, por ejemplo, el Tribunal declaró que la legislación turca que prohíbe a las mujeres casadas conservar sus apellidos de soltera era la última ley de este tipo en Europa” (DZEHTSIAROU, 2015: 15).

Respecto de los principios, el Tribunal “utiliza el ‘consenso’, entendido como unanimidad, para aclarar el significado de los términos vagos consagrados en el Convenio.¹⁸³ En el caso *Selmouni v. France*, el Tribunal utilizó el consenso para aclarar el significado del artículo 3 del Convenio,

¹⁸² Letsas afirma que “En suma, el nuevo Tribunal [posterior al Protocolo No. 11] se ha alejado de poner un peso decisivo en la ausencia de consenso entre los Estados contratantes y de tratarla como el límite máximo de hasta qué punto puede evolucionar el significado y el alcance de los derechos del Convenio. El nuevo Tribunal trata al Convenio como un instrumento vivo buscando *valores comunes* y un consenso *emergente* en el derecho internacional. Al hacerlo, a menudo eleva el estándar de derechos humanos por encima de lo que la mayoría de los Estados contratantes ofrecen actualmente” (LETSAS, 2013a: 122).

¹⁸³ Aunque el Tribunal utiliza consenso en al menos cuatro sentidos distintos, “1. Consenso basado en el análisis comparativo de las leyes y prácticas de las Partes Contratantes; 2. Consenso basado en tratados internacionales; 3. Consenso interno en la Parte Contratante demandada; 4. Consenso de los expertos”, solo cabe hablar genuinamente de consenso europeo en el primer sentido (DZEHTSIAROU, 2015: 39).

comparándolo con la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La identificación de un consenso en principio es mucho más fácil que identificar un consenso en la aplicación de un principio, es decir, al nivel de las reglas” (DZEHTSIAROU, 2015: 16).

En cualquier caso, respecto del consenso en ambos sentidos, como reglas y principios, y sobre los valores comunes, el Tribunal adoptó claramente para su constatación en las prácticas jurídicas, un enfoque descriptivo, mediante una metodología comparativa basada en la evidencia empírica.¹⁸⁴ En contraste, respecto de la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, el Tribunal utiliza todavía un enfoque más valorativo.

En este sentido, queda claro por qué la idea de consenso y los valores comunes es solo uno de los elementos que determina la magnitud del Margen de Apreciación, siendo, al menos a la luz de los casos mencionados, también relevante el tipo de derecho que se trate y su importancia para una sociedad democrática, cuestión que tiene una base más valorativa. Es aquí donde entran en juego los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, con una función coadyuvante para ese fin, ya que la importancia de dichos valores ha sido reconocida justamente en el caso de los artículos 8-11 del Convenio, con el propósito de garantizar el trato justo de las minorías y evitar el abuso de una posición dominante en el proceso democrático.

¿Pero por qué sobre estos derechos? Como vimos, la dogmática de los derechos humanos europeos los ha tratado tradicionalmente como una unidad, pero no solo porque dichos derechos contemplan una cláusula de limitación explícita, ya que existen otros derechos que también las poseen, por ejemplo, el artículo 1 del Protocolo No. 1 (derecho a la propiedad) o el artículo 2 del Protocolo No. 4 (libertad de circulación), cuyo tratamiento por el Tribunal ha sido distinto al dado a los artículos 8-11 del Convenio.

Más bien, los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, que son parte del *ethos* del sistema del Convenio, tienen un papel aglomerante, en el sentido de que le ayudan al Tribunal a identificar cuáles derechos y principios son fundamentales para una sociedad democrática, esto es, ayudan al Tribunal a contestar la pregunta central que se debe hacer en el tercer paso del test

¹⁸⁴ A este respecto, se ha dicho que: “El Tribunal basa ahora sus conclusiones de la presencia o la ausencia de consenso europeo, no en valores comunes vagamente percibidos y no comprobados, sino que en análisis estadísticos comparativos de las leyes y prácticas de las Partes Contratantes. Este argumento se puede corroborar primero con referencia al establecimiento de la División de Investigación. Se trata de una parte de la Secretaría de la Corte, y uno de sus objetivos es preparar una investigación jurídica comparada a petición del Tribunal” (DZEHTSIAROU, 2015: 40).

de tres pasos, cuya finalidad es proteger a las minorías. Dicha pregunta está presente en el razonamiento del Tribunal desde el caso *Handyside*, donde señaló que

Las funciones de supervisión del Tribunal le obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada hombre [...] Tales son las exigencias del pluralismo, tolerancia y amplitud sin las cuales no hay 'democracia sociedad'.¹⁸⁵

En otras palabras, dichos valores ayudan al Tribunal a “identificar las características claves de una sociedad democrática” (GREER, 1997: 14), y no solo la constatación de la existencia de un consenso y los valores comunes entre los Estados miembros, los que, en varios casos relevantes del Tribunal, son inexistentes o diversos.

Así que el Tribunal pre-selecciona esos derechos, fundamentales para la sociedad democrática, donde, en principio, no cabe el Margen de Apreciación, incluso ante la ausencia de consenso y valores comunes; y no cabe, ya que el Tribunal debe asegurarse que el test de necesidad garantice que la medida de interferencia sea genuinamente una necesidad de un sistema democrático y no simplemente una mera *raison d'Etat*.¹⁸⁶ Dicha pre-selección, como vimos, justamente incluye los artículos 8-11 del Convenio: ellos son derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista.

Pero dicha pre-selección, basada en los valores que conforman el *ethos* del sistema del Convenio, si bien ocurre en abstracto, debe aplicarse en concreto, ya que finalmente lo que le importa al Tribunal no es determinar la necesidad de una medida de interferencia en cualquier caso, sino que en el caso que tiene que adjudicar. Por ello, lo que este estándar de aplicación de la DMA hace es restringir el Margen de Apreciación introduciendo una exigencia más rigurosa de interpretación. En otras palabras, la pre-selección de derechos debe ser contrastada con el sistema jurídico del Estado miembro de que se trate, donde ocurre la limitación, mediante el test de tres pasos, cuyo

¹⁸⁵ Caso *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §49. Sin embargo, antes de delinear claramente la DMA, ya había hecho referencia a esta cuestión, como en el caso *Vagrancy*, donde señala: “Por último, y sobre todo, el derecho a la libertad es demasiado importante en una ‘sociedad democrática’, en el sentido de la Convención, para que una persona pierda el beneficio de la protección de la Convención por la sola razón de ser detenido”, caso *De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Belgium*, aplicaciones Nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 junio de 1971, §65.

¹⁸⁶ Sobre esto se ha dicho que “Una de las tareas clave del Tribunal y de la Comisión, y una de las más difíciles, es probar la persuasividad de los propósitos legítimos [contemplados en el segundo párrafo de los artículos 8-11], para asegurar que cumple con los intereses genuinos de la democracia y no es mera conveniencia política disfrazada. El Tribunal y la Comisión han elaborado un marco de interpretación, principalmente en los casos *Handyside*, *Silver* y *Lingens*, que consta de tres elementos principales: la necesidad democrática, la carga de la prueba / proporcionalidad y el margen de apreciación / supervisión europea” (GREER, 1997: 14). Sobre el test de necesidad como tal, véase GERARDS, 2013. Volveremos sobre esto en la Parte II.

resultado puede ser que, algunas veces, dichas medidas de interferencia queden cubiertas por el Margen de Apreciación.

En otras palabras, si el proceso de adjudicación involucra un derecho fundamental para la sociedad democrática y pluralista, el Tribunal reduce el Margen de Apreciación, en cuanto le quita la presunción de necesidad a las medidas de interferencia que el Estado adoptó, sometiéndolas a un escrutinio más riguroso, mediante el test de tres pasos. Esto matiza la importancia del primer estándar de aplicación, porque dicha reducción del Margen de Apreciación ocurre incluso ante la ausencia de consenso y valores comunes.

Esta es la razón de por qué las cláusulas de limitación de los artículos 8-11, deben interpretarse de forma restringida,¹⁸⁷ a diferencia de otros derechos y libertades que contemplan cláusulas de limitación explícitas, donde el Tribunal ha mostrado mayor laxitud a la hora de interpretar la cláusula de limitación. Como vimos, un caso paradigmático ha sido las limitaciones al derecho de propiedad, establecidas en el artículo 1 del Protocolo No. 1, que, a pesar de contar con una cláusula de limitación expresa, el Tribunal aún así ha considerado que caben las limitaciones implícitas.¹⁸⁸

Por ello, lo que permiten dichos valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, es ayudar a construir el estándar en abstracto sobre cuáles serían los derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, con el cual el Tribunal determinará dicha cuestión

¹⁸⁷ Esta razón encuentra su sustento normativo en el artículo 18 del Convenio. Sobre la mayor rigurosidad en el caso de aplicación de las limitaciones de los artículos 8-11, por ejemplo, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y religión del artículo 9, se señaló que: “Al delimitar el alcance del margen de apreciación en el presente caso, el Tribunal debe tener en cuenta lo que está en juego, a saber, la necesidad de garantizar el verdadero pluralismo religioso, característica inherente a la noción de sociedad democrática [...] Además, debe tenerse en cuenta esa necesidad cuando se trata de determinar, de conformidad con el inciso 2 del artículo 9, si la restricción era proporcional al objetivo legítimo perseguido. Las restricciones impuestas a la libertad de manifestar la religión por las disposiciones de una Ley [...] exigen un examen muy estricto del Tribunal”, caso *Manoussakis and Others v. Greece*, aplicación No. 18748/91, sentencia de 26 de septiembre de 1996, §44. Lo mismo ha dicho el Tribunal para el caso de la cláusula de limitación a la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio: “La Corte reitera los principios básicos establecidos en sus fallos relativos al artículo 10 (artículo 10): I) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y la realización personal de cada uno [...] tales son las exigencias del pluralismo, de la tolerancia y del espíritu de apertura sin los cuales no hay una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión, consagrada en el artículo 10, está sujeta a una serie de excepciones que, sin embargo, deben interpretarse de manera restrictiva y su necesidad de limitación debe establecerse de manera convincente”, caso *Vogt v. Germany*, aplicación No. 17851/91, sentencia de 26 de septiembre de 1995, §52.

¹⁸⁸ Como lo ha señalado en los casos *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, aplicaciones Nos. 7151/75 y 7152/75, sentencia de 23 septiembre de 1982, §68-69 y *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 21319/93, 21449/93 y 21675/93, sentencia de 23 de octubre de 1997, §78.

en concreto, mediante un análisis más cuidadoso encarnado en el test de tres pasos y valiéndose de los otros elementos que determinan la magnitud del Margen de Apreciación.¹⁸⁹

A su vez, esta es la razón de por qué los derechos y libertades consagrados en los artículos 8-11 del Convenio son conocidos en la dogmática como *derechos de libertad personal*. A este respecto, se ha dicho que dichos artículos contienen “los cuatro más básicos derechos de libertad personal en una sociedad democrática: el derecho al respeto a la vida privada y familiar; libertad de religión; libertad de expresión y libertad de reunión pacífica y asociación. El artículo 2 del Protocolo No. 4 provee la libertad de movimiento y la libertad de elegir residencia dentro de un Estado” (ARAI-TAKAHASHI, 2002: 9).¹⁹⁰

En suma, la aplicación del Margen de Apreciación solo cabe ante la ausencia parcial o total de consenso y valores comunes entre los Estados miembros,¹⁹¹ o cuando el estándar en abstracto sobre cuáles serían los derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, debe aplicarse a un caso en concreto, lo que llama al Tribunal a utilizar un examen más acucioso. Ambos criterios inciden en la amplitud o reducción del Margen de Apreciación que el Tribunal le concede a los Estados a la hora de evaluar las medidas de interferencia (o interferencias *prima facie*) que limitan o restringen derechos.

En otras palabras, ambos criterios reducen o amplían la pertinencia del Margen de Apreciación de manera distinta, mediante dos metodologías especiales: (1) La constatación de la existencia de un consenso en el Derecho y la práctica entre los Estados miembros, mediante una metodología comparativa, fuertemente descriptiva y principalmente cuantitativa; (2) La identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, mediante una operación eminentemente valorativa y abstracta, pero no por ello relativa, ya que dicho estándar, automimpuesto, obliga al Tribunal a aplicar una revisión más cuidadosa de la medida de interferencia, mediante el test de tres pasos que, en este respecto, busca determinar si la limitación en cuestión, que afecta a un derecho o libertad que califica como fundamental *a priori*, lo hace en concreto en el sistema político y democrático del Estado que se trate.

En ambos casos, el Tribunal debe atender al contexto del Estado en cuestión: en (1), las peculiaridades contextuales, que llevan a limitar tal o cual derecho, se pasan por alto en la medida que un contexto europeo más amplio puede ser identificado; en (2) las peculiaridades contextuales

¹⁸⁹ En este sentido, se ha enfatizado, como veremos en la Parte II, que uno de las cuestiones principales a tener en cuenta sobre la aplicación del Margen de Apreciación, es responder a la objeción que la vincula al realismo moral. En este sentido, véase, ARAI-TAKAHASHI, 2011: 102.

¹⁹⁰ En el mismo sentido, GREER, 2000: 5.

¹⁹¹ Caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §156-157.

son consideradas solo en cuanto la limitación, de tal o cual derecho que realiza el Estado de que se trate, supere un estándar riguroso, el test de tres pasos.

Esta es la razón, ya señalada antes, de por qué la aplicación y revisión por parte del Tribunal de las cláusulas de limitación que contempla el Convenio, constituye el escenario adecuado, el caso central, donde mayormente se ha desplegado, y de manera más clara se puede apreciar, la doctrina del Margen de Apreciación como práctica jurisprudencial.¹⁹²

¿De qué se trata el último criterio relativo a la identificación de ciertos elementos textuales, formales-estructurales, que inciden en la magnitud del Margen de Apreciación? A continuación, analizaré en qué consiste y cuál es su relevancia.

¹⁹² Ello, porque la estructura trádica de las cláusulas de limitación, permite conjugar cada uno de los casos que componen dicha doctrina, a saber, que los Estados miembros, sus órganos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales, gozan de un amplio margen de apreciación para determinar y comprobar hechos; para interpretar y aplicar las leyes nacionales; para evaluar los parámetros conceptuales, el significado y contenido, de un derecho específico del Convenio y su aplicación en un caso concreto; para balancear el derecho individual de una persona y el interés público, incluyendo los medios para alcanzar fines sociales; y para ponderar equilibradamente dos derechos y libertades en conflicto.

4. ¿A qué derechos o libertades del Convenio se aplica la DMA?

Antes de señalar en qué consiste el criterio sobre la identificación de ciertos elementos textuales, formales o estructurales que inciden en la determinación de la aplicación y magnitud del Margen de Apreciación, reformularé críticamente el camino recorrido hasta aquí.

No es pacífica la idea de que el sitio óptimo de la DMA, su caso central, sea el de la aplicación de las cláusulas de limitación. Esta cuestión es importante y está, a mi juicio, en el corazón de los problemas y deficiencias que se han identificado respecto de la DMA. Y lo es, porque una de las preguntas centrales sobre la aplicación del Margen de Apreciación es “si se difunde por todo el Convenio o si está restringida a disposiciones específicas” (GREER, 2000: 6).

En el debate sobre la DMA, existe una visión amplia y otra restringida sobre su aplicación. La visión amplia establece lo siguiente:

¿En qué circunstancias y en cuáles disposiciones el margen de apreciación concede a los Estados contratantes una cierta latitud en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio? En teoría no hay límite para los artículos del Convenio a los cuales se podría aplicar el margen de apreciación, porque el Tribunal nunca ha impuesto un límite (MACDONALD, 1987: 192).¹⁹³

Por su parte, la visión restringida, señala que “entre otras cosas, la DMA no se puede decir estrictamente que opera más allá de los confines del artículo 15, del cual se origina, y de los artículos 8 al 11, artículo 14 y artículo 1 del Protocolo No. 1, hacia los cuales posteriormente se propagó” (GREER, 2000: 8).

La visión amplia chocaría con lo que el Tribunal claramente ha señalado: que existen ciertos derechos en el Convenio que no pueden ser sujetos a ninguna clase de excepciones, derogaciones o limitaciones. Así, por ejemplo, ha dicho:

El Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas degradantes e inhumanos, cualquiera que sea la conducta de la víctima. A diferencia de la mayoría de las cláusulas substantivas del Convenio y de los Protocolos Nos. 1 y 4 (P1, P4), el artículo 3 (art. 3) no prevé excepciones y, bajo el artículo 15 parágrafo 2 (art. 15-2), no puede haber una derogación a la misma, incluso en el caso de una emergencia pública que amenace la vida de una nación.¹⁹⁴

¹⁹³ De la misma opinión es Legg, quien considera que la DMA cabe incluso sobre derechos absolutos, bajo ciertas circunstancias calificadas (véase LEGG, 2012: 201). También Brems, para quien, “Gradualmente, sin embargo, la doctrina ha sido expandida a todos los derechos protegidos en el Convenio y en sus protocolos adicionales” (BREMS, 1996: 242).

¹⁹⁴ Caso *Ireland v. United Kingdom*, aplicación No. 5310/71, sentencia del 18 de enero de 1978, §163. Mismo criterio reitera en el caso *Gäfgen v. Germany*, aplicación No. 22978/05, sentencia de 1 de junio de

Dichos derechos se consideran absolutos, “en el sentido que su limitación o suspensión nunca puede estar justificada, incluso en un estado de emergencia”. Ellos son: “el derecho a no ser torturado o a ser tratado o castigado de forma inhumana o degradante” (artículo 3); “el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre” (artículo 4); “el derecho a no ser condenado por una conducta que no era delito en el momento en que ocurrió”; y “el derecho a no ser sujeto a una pena más grave impuesta por un delito que la aplicable en el momento en que el delito fue cometido” (artículo 7) (GREER, 2000: 27).¹⁹⁵

Cabe destacar que este listado de derechos absolutos ha sido discutido, ya que algunos incluyen dentro de dicho listado al derecho a la vida. Así se ha dicho: “Sin embargo, no se permite ninguna derogación respecto al derecho a la vida (excepto en casos de muerte como consecuencia de actos lícitos de guerra), la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado o la irretroactividad de la ley penal” (HOVIUS, 1985: 216).¹⁹⁶

La razón de esta polémica, se debe a que, como veremos, existe una tendencia, que defienden algunos autores, a la armonización del derecho internacional de los derechos humanos. Así, respecto al derecho a la vida, no todos los instrumentos contemplan la no-derogabilidad del derecho a la vida en los mismos términos.¹⁹⁷ Sin embargo, creo que, respecto del Convenio, lleva razón Greer, quien señala:

2010 (rectificada 3 de junio de 2010), §87, agregando en el §107 que: “A este respecto, el Tribunal admite la motivación de la conducta de los agentes de policía y que ellos actuaron en un intento de salvar la vida de un niño. Sin embargo, es necesario subrayar que, teniendo en cuenta la disposición del artículo 3 y de su jurisprudencia de larga data (véase el apartado 87 supra), la prohibición de los malos tratos a una persona se aplica con independencia de la conducta de la víctima o la motivación de las autoridades. La tortura, los tratos inhumanos o degradantes no pueden ser impuestos incluso en circunstancias en las que la vida de un individuo está en riesgo. No se admiten excepciones, incluso en caso de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación. El artículo 3, que ha sido redactado en términos inequívocos, reconoce que cada ser humano tiene un absoluto, inalienable derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes en cualquier circunstancia, incluso las más difíciles. La base filosófica que sustenta el carácter absoluto del derecho en virtud del artículo 3 no permite ninguna excepción o factores que justifiquen o ponderación de intereses, independientemente de la conducta de la persona interesada y la naturaleza de la infracción de que se trata”. La prohibición de la tortura no solo tiene una dimensión negativa, de que la autoridad se abstenga de torturar o dar tratos degradantes e inhumanos, sino que también positiva: debe evitar que terceros o incluso agentes de otros Estados lo hagan. Este ha sido el argumento en para oponerse a expulsión de extranjeros, en los casos en que dicha expulsión implique que el expulsado corra el riesgo de ser torturado o recibir tratos degradantes o inhumanos en el país al que se le devuelva. Por ejemplo, véase el caso *Saadi v. Italy*, aplicación No. 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008. Para un análisis de ambos casos en el contexto de un conflicto de derechos absolutos, véase GREER, 2011 y SMET, 2013.¹⁹⁵ Lo mismo se reitera en GREER, 1997: 44-45 n.1. En el mismo sentido, BARAK, 2012: 28.

¹⁹⁶ En este mismo sentido, ARAI-TAKAHASHI, 2002: 8.

¹⁹⁷ Por ejemplo, tanto el Convenio como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen la derogación o suspensión de garantías en casos o situaciones excepcionales que pongan en peligro o amenacen la vida de la nación, aunque la intensidad de esa no-derogabilidad varía, ya que, en el caso del Pacto, esa no-derogabilidad es total para el caso del derecho a la vida consagrado en su artículo 6 (el artículo

Aunque no es absoluta en el mismo sentido, puesto que está sujeta a varias limitaciones y excepciones de amplio alcance, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, se encuentra en una posición análoga. El Tribunal no ha interpretado la cláusula ‘estrictamente necesario’ para incluir un margen de discrecionalidad del Estado en ninguna de las tres principales decisiones sobre esta disposición [...]” (GREER, 2000: 27).¹⁹⁸

Como vimos, el enfoque casuístico buscaba dar cabida, bajo un mismo concepto de Margen de Apreciación, todas las ocurrencias de ese concepto en la jurisprudencia del Tribunal. Pero ello resulta inadecuado si se busca capturar conceptualmente el fin práctico que explica por qué, en primer lugar, el Tribunal adoptó y desarrolló la doctrina.

Contra dicho enfoque casuístico, defendí una propuesta que busca elucidar el concepto de Margen de Apreciación a partir de sus criterios de aplicación, desarrollados por el propio Tribunal y reconocidos por la dogmática desde la década de los 80. Por ello, hasta aquí, esta propuesta se enfrenta al menos a dos grandes dificultades.

La primera, tiene que ver con que la DMA no se ha aplicado a todas las limitaciones que el Convenio contempla, pero no queda claro el por qué de esta cuestión, sobre todo, porque, como vimos, el test de tres pasos se aplica en todos los casos en que corresponda evaluar la necesidad de una medida interferencia para una sociedad democrática, incluyendo los casos de limitaciones implícitas, como ocurre, en los casos, ya analizados, del derecho a la educación y el derecho a elecciones libres (arts. 2 y 3 del Protocolo No. 1), en los cuales sí ha cabido la aplicación de la DMA. Además, la DMA justamente surgió y se desarrolló en la aplicación de las derogaciones en estado de excepción del art. 15, que, como vimos, en el sistema del Convenio se considera una limitación de carácter general.

Esta dificultad ha sido claramente identificada en el debate: “No toda restricción que cae bajo el poder revisor del Tribunal es una cuestión de margen de apreciación [...] Es importante distinguir entre (1) el tipo de evaluaciones y elementos del Convenio respecto de los cuales el margen de apreciación ha sido aplicado, y (2) otras restricciones que caen bajo el poder revisor del Tribunal” (SCHOKKENBROEK, 1998: 31). Esas otras limitaciones han sido los casos analizados antes: las limitaciones generales, las implícitas y las por delimitación, pero, como vimos, no en todas ellas cabe aplicar la DMA.

4 número 2 señala: “La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”). En contraste, el Convenio solo establece una no-derogabilidad parcial para ese derecho contemplado en su artículo 2 (el artículo 15 número 2 señala que “La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”).

¹⁹⁸ De la misma opinión es CALLEWAERT, 1998: 9 y SCHOKKENBROEK, 1998: 33.

Asimismo, esta dificultad que surge de la falta de determinación de la vinculación entre el Margen de Apreciación y el tipo de limitación que se trate, no se resuelve simplemente aplicando el segundo criterio relativo a los derechos fundamentales para una sistema democrático, ya que, como vimos, los valores que ayudan a identificarlos no han sido aludidos por el Tribunal en todos los derechos que contemplan cláusulas explícitas de limitación, como el derecho de propiedad del art. 1 Protocolo No. 1, sobre el que, como vimos, caben amplias posibilidades de limitación.

Por otra parte, hay otros derechos que no contemplan cláusulas de restricción explícitas, al menos no en la forma de los artículos 8-11, como ha sido el caso del derecho a la vida (art. 2), de la prohibición de la tortura (art. 3) y del derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), en los cuales no cabe el Margen de Apreciación, pero, en contraste, el Tribunal sí los ha identificado como fundamentales para una sociedad democrática. Así, en el caso *McCann* el Tribunal señaló que:

Debe tenerse también en cuenta que, como disposición, el artículo 2 no sólo protege el derecho a la vida, sino que establece las circunstancias en que puede justificarse la privación de la vida. El artículo 2 figura como una de las disposiciones más fundamentales de la Convención —en realidad una que, en tiempo de paz, no admite ninguna excepción en virtud del artículo 15. Junto con el artículo 3 (artículo 15 + 3) del Convenio, consagra un de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa [...] por lo que sus disposiciones deben interpretarse estrictamente.¹⁹⁹

A su vez, en el caso *Soering*, el Tribunal señaló que:

El artículo 3 no prevé excepciones y ninguna derogación es permisible bajo el artículo 15 en tiempo de guerra u otra emergencia nacional. Esta prohibición absoluta de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes, en virtud de la Convención, demuestra que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa. También se encuentra en términos similares en otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y es generalmente reconocido como un estándar internacionalmente aceptado.²⁰⁰

Finalmente, en el caso *Brogan*, el Tribunal remarcó que:

El Tribunal toma en consideración la importancia de este artículo (artículo 5) en el sistema del Convenio: consagra un derecho humano fundamental, es decir, la protección del individuo contra las interferencias arbitrarias del Estado con su derecho a la libertad [...] El control judicial de las interferencias del ejecutivo con el derecho de la persona a la libertad, es una característica esencial de la garantía consagrada en el artículo 5 párr. 3, cuyo objetivo es minimizar el riesgo de arbitrariedad. El control judicial está implícito en

¹⁹⁹ Caso *McCann and others v. United Kingdom*, aplicación No. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, §147.

²⁰⁰ Caso *Soering v. United Kingdom*, aplicación 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, §88.

el estado de derecho, ‘uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática ..., a la que se hace referencia expresamente en el preámbulo del Convenio’²⁰¹

Además, dicho estándar, que se basa en la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático, debe distinguirse de otro enfoque vinculado y complementario, que enfatiza las circunstancias que determinan el Margen de Apreciación, esto es, circunstancias en las cuales la DMA debería estar excluida: “La ausencia de un fin legítimo o de buena fe, así como el abuso de poder o arbitrariedad, hacen inoperante la doctrina” (MAHONEY, 1998: 4).²⁰²

Este enfoque es complementario, porque lo que busca enfatizar de los estándares de aplicación, es la relevancia que la democracia tiene como presupuesto del sistema de evaluación de las medidas de interferencia que los Estados pueden realizar sobre derechos y libertades consagrados en el Convenio, la que se expresa en el test de tres pasos: “Nunca se debe pasar por alto el adjetivo democrático cuando se habla de discreción nacional: la doctrina presupone, como condición para su aplicación, el normal funcionamiento de los procesos democráticos a nivel nacional” (MAHONEY, 1998: 4).²⁰³

²⁰¹ Caso *Brogan and Others v. United Kingdom*, aplicación No. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, sentencia de 29 de noviembre de 1988, §58. Esto, a pesar de que, en voto disidente, el juez Evans señala, erróneamente a mi juicio, que “el Tribunal ha reconocido sistemáticamente que, al evaluar la compatibilidad de sus leyes y prácticas con las prescripciones del Convenio, los Estados deben tener un ‘margen de apreciación’ y que, en todo el Convenio, debe buscarse un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y la protección de los derechos fundamentales del individuo. En el caso *Klass*, el Tribunal estuvo de acuerdo con la Comisión en que ‘un cierto compromiso entre las exigencias de la defensa de la sociedad democrática y los derechos individuales es inherente al sistema del Convenio’”. La analogía con el caso *Klass* es errónea, ya que la referencia que hace Evans a esa parte de la sentencia trata justamente sobre la aplicación de la cláusula de limitación del art. 8 del Convenio, que, como vimos, fue una de las cuestiones discutidas en ese caso.

²⁰² En el mismo sentido, “Mahoney limita la aplicación del margen de apreciación solo a las circunstancias donde las limitaciones sobre derechos humanos sean realizadas de buena fe (aun cuando se hagan desproporcionadamente), como resultado de un balance de intereses. En tales circunstancias, ‘las condiciones preliminares de una gobernanza democrática normal han sido demostradas que existen’. La aplicación *ratione materiae* de la doctrina excluye los casos de ‘abuso de poder desnudo y de mala fe’ cometidos. Aparte de estos casos, la doctrina debería ser considerada impermeable en aquellos casos donde las violaciones a derechos son fruto de ‘sesgos’ en las relaciones democráticas de mayoría-minoría. Más aún, el relativismo moral no debe ser admitido de manera tal que sea llamado a cuestionar las premisas seculares y pluralistas de la democracia” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 102).

²⁰³ El Tribunal ha señalado claramente esta cuestión en el caso *S.A.S.*: “También es importante destacar el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo del Convenio. Las autoridades nacionales tienen legitimación democrática directa y, como el Tribunal ha sostenido en muchas ocasiones, en principio están mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. En materia de política general, sobre la cual las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden ser ampliamente diferentes, se debe dar especial importancia al papel del regulador [*policy-maker*] de las políticas nacionales”, caso *S.A.S. v. France*, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014, §129.

En este sentido, para esta postura, el Margen de Apreciación sería la expresión de una discrecionalidad democrática reconocida por el sistema del Convenio. Así se ha dicho que:

El Convenio no es un código de derechos humanos que requiera que la misma solución uniforme sea adoptada por todas y cada una de las autoridades nacionales. Mediante el establecimiento de estándares, el Convenio permite a las autoridades nacionales una elección. Incluso si los jueces de Estrasburgo (o miembros de la Comisión) pueden estar en desacuerdo con la elección realizada, en la aproximación a la doctrina del margen de apreciación favorecida en el presente artículo, una violación del Convenio solo debería encontrarse si las autoridades nacionales se han desviado o usado incorrectamente su discreción democrática, sin olvidar que algunos artículos del Convenio dan lugar para solo una limitada, o incluso cercana a la no, discreción. (MAHONEY: 1998: 4).²⁰⁴

Por ejemplo, en el caso *Refah Partisi*, el Tribunal declaró que “la Sharia es incompatible con los principios fundamentales de la democracia, como lo establece el Convenio”.²⁰⁵ Además, apunta a dos cuestiones muy relevantes: 1) Que el Tribunal “considera que no puede haber democracia sin pluralismo”; 2) Que “el pluralismo y la democracia se basan en un compromiso que requiere diversas concesiones de individuos o grupos de individuos que a veces deben acordar limitar algunas de las libertades de que disfrutaban para garantizar una mayor estabilidad del país en su conjunto”.²⁰⁶

Esta es la razón para calificar a este enfoque como complementario, ya que, para la jurisprudencia del Tribunal, la democracia y el pluralismo son indisolubles, están conceptualmente conectados.²⁰⁷ Y lo están para el Tribunal, justamente en los artículos que contienen cláusula de limitaciones explícitas, como los artículos 8-11 del Convenio, donde invariablemente el Tribunal alude a los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu en miras a identificar los derechos fundamentales para un sistema político democrático, para garantizar el trato justo de las minorías y evitar el abuso de una posición dominante en el proceso democrático.

²⁰⁴ Por ello, para esta postura el Convenio proporcionaría dos niveles de protección: “Primero, contra el abuso de poder desnudo o de mala fe de las autoridades gubernamentales [...] Segundo, contra las limitaciones sobre la libertad que, aunque quizás impuestas de buen fé en el interés general de la comunidad como un todo, impone un peso desproporcionado sobre el individuo. Es solo en este segundo contexto, una vez que el primer grado de protección ha sido asegurado, que la doctrina del margen de apreciación tiene lugar, esto es, solo si las condiciones preliminares de gobernanza democrática normal ha sido mostrado que existe. La doctrina, como una de las herramientas interpretativas para determinar el alcance de la revisión judicial del ejercicio de la discreción democrática por autoridades nacionales responsables, no abre la puerta por lo tanto para la arbitrariedad gubernamental, como algunos críticos sugieren” (MAHONEY, 1998: 4).

²⁰⁵ Caso *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, aplicaciones Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, sentencia de 13 de febrero de 2003, §123.

²⁰⁶ Caso *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, aplicaciones Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, sentencia de 13 de febrero de 2003, §89 y 98.

²⁰⁷ Esta cuestión será analizada con más detalle en la Parte II.

De allí que sea conveniente agregar el término ‘pluralista’ a este segundo criterio que determina la aplicación, la magnitud, del Margen de Apreciación: la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y *pluralista*. Esto, a fin de diferenciarlo de otras alusiones que realiza el Tribunal a la identificación de derechos fundamentales para una sociedad democrática, en casos donde, como vimos, no cabe la aplicación del Margen de Apreciación, como son los artículos 2, 3 y 5 del Convenio.

La razón de por qué el Tribunal busca enfatizar la conexión conceptual entre democracia y pluralismo, puede estar en la dependencia, a la hora de conceptualizar la idea de democracia, de una circularidad conceptual, la que ha estado muy presente en la filosofía política. En este sentido, se ha dicho que: “La democracia podría caracterizarse, semicircularmente, como una cuestión de ‘grupos de personas que toman decisiones colectivas de manera democrática’” (GOODIN, 2007: 40).

Dicha dependencia se expresa en uno de los problemas centrales para la teoría democrática: la definición del *demos*, el que presupondría que todos los intereses en juego deben estar incluidos para llamar, a esa toma de decisiones, democrática, corriendo el riesgo de caer en una “sobre-inclusión del demos”, por ejemplo, niños, no nacidos, generaciones futuras, etc. (SAUNDERS, 2011: 284 y ss.); o bien, de sobre-expansión, que sería lo más relevante aquí, esto es, el salto conceptual de afirmar que, a partir de los *demos* individuales, por ejemplo, cada uno de los pueblos organizados en cada Estado miembro del Consejo de Europa, se puede constituir un único *demos*, una entidad autónoma que desplazaría a las demás;²⁰⁸ o, al menos, un *demoi*, una entidad superior constituida por la mera reunión de todos los pueblos, por ejemplo, los pueblos de Europa.²⁰⁹

Así, la necesidad que tiene el Tribunal de mostrar la vinculación entre democracia y pluralismo, se explicaría justamente por uno de los elementos que constituye conceptualmente la democracia: la consideración de todos los intereses en juego. Porque existe un riesgo, bastante grande considerando la naturaleza y la forma en que concibe las cláusulas de limitación el Tribunal, de que mediante los resultados del proceso democrático se restrinjan o limiten derechos que afecten a grupos minoritarios, vulnerables o infrarrepresentados de ciudadanos, y que el Estado aluda al principio democrático para justificarse por dicha afectación. En otras palabras, desde el punto de

²⁰⁸ Esto es lo que entiendo que pretenden los partidarios de la democracia global. Para una discusión sobre la cuestión del *demos*, el debate Habermas-Grimm y Habermas sobre la Unión Europea, y su importancia para el Margen de Apreciación, véase GARCÍA ROCA, 2010: 124-131.

²⁰⁹ Entiendo que solo esta segunda idea es compatible con el sistema del Convenio, al menos como lo conocemos, y sería la que daría sustento del sistema jurídico de la Unión Europea y a la necesidad de contar con un Margen de Apreciación nacional. Volveremos sobre este asunto en la Parte II.

vista de la limitación de los derechos, el proceso de toma de decisiones democrático puede solo formalmente tomar en consideración todos los intereses en juego, pero en la práctica puede excluir, menospreciar, o aplastar los legítimos intereses de grupos minoritarios, vulnerables o infrarrepresentados de ciudadanos. Por ejemplo, un parlamento que decide restringir la libertad religiosa de los profesores en la escuela pública.

Este problema real que enfrenta el Tribunal, dado el contexto donde surge, a saber, la evaluación de las medidas de interferencias que realizan los Estados sobre derechos consagrados en el Convenio, es teórico-práctico; así que no puede resolverse simplemente apelando a tal o cual concepto de democracia (por ejemplo, abandonando uno procedimental para abrazar uno deliberativo). Así, en este contexto, el principio democrático se muestra insuficiente para hacer frente a dicho problema.

De este modo, el Tribunal necesita de vías adicionales para ejercer su control sobre las medidas de interferencia que los Estados imponen, una que le permita superar la discrecionalidad democrática, siendo, por lo tanto, la referencia a los derechos fundamentales que los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura ayudan a identificar, una herramienta muy útil para este fin.

De cualquier manera, de la misma forma que dicho enfoque complementario vincula el Margen de Apreciación con la democracia; el enfoque que hasta aquí he defendido, busca relevar la vinculación entre Margen de Apreciación con el pluralismo, como forma de comprender la diversidad inherente a Europa. Es esta vinculación conceptual la que lleva al Tribunal a considerar los valores del pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura como claves a la hora de identificar la necesidad de una medida de interferencia para una sociedad democrática. Asimismo, es esta vinculación la que ayuda a elucidar el propósito o finalidad práctica, el por qué, del Margen de Apreciación, lo que es clave para su conceptualización.

La segunda dificultad de la propuesta que defiende aquí, de buscar el concepto de Margen de Apreciación en sus criterios de aplicación, se conecta con la primera y tiene que ver con que, incluso si el ámbito de la DMA se circunscribe a las cláusulas de limitaciones donde sí se ha aplicado, no existe claridad conceptual sobre cómo su aplicación se relaciona con otras categorías jurídicas del Convenio, como las reservas, las derogaciones y las excepciones: por qué solo en algunas de dichas categorías opera la DMA, como en el caso de la derogación y de algunas limitaciones, y no en otras, como en el caso de algunas excepciones.

En otras palabras, incluso conviniendo que la DMA se aplique solo a los casos donde corresponda evaluar las aplicaciones de cláusulas de limitación explícita, lo que superaría la primera dificultad relativa a la falta de determinación de la vinculación entre el Margen de Apreciación y el tipo de limitación que se trate, el problema subsiste, ya que no habría claridad conceptual sobre qué es una limitación, qué la hace distinta de otras categorías jurídicas del Convenio. Esta falta de claridad ha llevado a que muchos “consideren que estas variaciones revelan una falta de rigor analítico o incluso demuestran una distorsión de los conceptos jurídicos normalmente aceptados” (DELMAS-MARTY, 1992: 319).

Además, esta misma falta de claridad impide comprender por qué el Margen de Apreciación no se aplica en el caso de los derechos considerados absolutos, ya que no hay criterios definidos para distinguir las derogaciones de las limitaciones, lo que es clave, como veremos, para el entendimiento del concepto de derechos absolutos. Esto es relevante porque, como vimos, el Tribunal también ha utilizado el segundo criterio que determina la pertinencia y magnitud de la DMA, relativo a la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, en el caso de derechos considerados absolutos (por ejemplo, como vimos, en el caso de los artículos 2, 3 y 5 del Convenio).

Por ello, si buscamos construir un concepto de Margen de Apreciación a partir de sus criterios de aplicación, se debe enfrentar ambas dificultades, a saber, la falta de determinación de la vinculación entre el Margen de Apreciación y el tipo de limitación que se trate, porque careceríamos de un concepto claro de limitación, lo que redundaría en la incapacidad de determinar cuándo es necesario que el Tribunal atienda al contexto de aplicación de dichas cláusulas, en busca de un consenso y valores comunes que determina la aplicación y magnitud de la DMA; y la falta de un sustento claro de la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos, porque careceríamos de un concepto claro de derogación, distinto del de limitación, lo que redundaría en la incapacidad de determinar bajo qué parámetros el Tribunal identifica derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, criterio que también utiliza para determinar la aplicación y magnitud de la DMA. Ambas dificultades pueden ser sorteadas si se pone atención a consideraciones de técnica legislativa, las que justamente configuran los elementos textuales, formales o estructurales que inciden en la aplicación del Margen de Apreciación.

Hasta aquí, hemos visto cómo, entonces, serían insuficientes ambos criterios de aplicación de la DMA, la existencia de un consenso en el Derecho y la práctica entre los Estados miembros y la identificación de derechos fundamentales para un sistema político democrático y pluralista, a fin de elucidar cuál es el caso, el uso paradigmático, del Margen de Apreciación. En otras palabras,

dichos criterios serían contributivos, pero no decisivos, teniendo en cuenta las dificultades antes mencionadas.

Es por ello que cobran importancia los elementos textuales, formales o estructurales que determinan la aplicación de la DMA, los que se deben conjugar con los dos estándares ya mencionados, a fin de tener un cuadro más completo donde conceptuar el Margen de Apreciación. Cabe destacar que no se trata de establecer condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de la DMA, sino que, por el contrario, y como he insistido, hasta aquí lo que he tratado de hacer es reconstruir, tratando de capturar toda su complejidad, esta práctica judicial en su versión más fuerte, su caso central. Por ello, obviar las consideraciones de técnica legislativa, que configuran dichos elementos, como veremos, es el primer gran error metodológico de muchos quienes han escrito sobre la DMA.

Incluso, muchos autores han hecho notar que, para el Tribunal, dichos elementos formales han sido muy significativos a la hora de desplegar la interpretación del Convenio, pero sus teorías se resisten a incorporarlos de manera provechosa: “Estas consideraciones estructurales formales son relevantes, pero no tienen la importancia que les atribuye el Tribunal” (WEBBER, 2016: 4).²¹⁰

Por el contrario, mostraré que dichos elementos sí son relevantes, por las razones que expondré en lo sucesivo, aunque hayan sido sistemáticamente desatendidos por buena parte del debate en torno al Margen de Apreciación, a pesar de, como se dijo, la importancia que el Tribunal les ha asignado.

Cabe destacar que hay quienes critican no solo la importancia que el Tribunal les ha asignado a tales elementos textuales, formales o estructurales, cuyo análisis incide en el Margen de Apreciación, sino que también a la posibilidad de identificarlos y al papel que puedan llegar a jugar en la interpretación y adjudicación que realiza el Tribunal.

Por ejemplo, Legg conceptúa el Margen de Apreciación como “la práctica de asignar peso a las razones de una decisión sobre la base de factores externos, los que surgen de una teoría del razonamiento de segundo orden” (LEGG, 2012: 12). Para Legg, entonces, cabe distinguir entre consideraciones de primer y de segundo orden, obviamente inspirado en Raz, considerando a las razones de segundo orden como “razones para actuar, o para abstenerse de actuar, sobre la propia evaluación del equilibrio de razones de primer orden, o el equilibrio de razones en cuestión” (LEGG, 2012:18).

²¹⁰ El más destacado es, como veremos, Letsas (LETSAS, 2007: 59 y ss.).

Por ello, si bien Legg reconoce que existen estos elementos formales, “la naturaleza del derecho y el tipo de caso son factores adicionales para un margen de apreciación” (LEGG, 2012: 201); matiza su importancia, ya que para él lo más relevante de dicho concepto es la práctica de asignar peso a las razones que juegan en el razonamiento del Tribunal a la hora de adjudicar un caso. Así, según Legg, la naturaleza del derecho “se refiere a los atributos de primer orden del derecho en cuestión, por ejemplo, vida, libertad de expresión, etc.” y el tipo de caso “se refiere a agrupaciones de casos que pueden estar dentro de un derecho o a través de varios derechos, por ejemplo, seguridad nacional (incluyendo derechos a la libertad, juicio justo, etc.), casos de vigilancia estatal (un subconjunto de derechos de privacidad), etc., que pueden compartir algunas consideraciones de primer orden y de segundo orden” (LEGG, 2012: 201).

Por lo tanto, dichas consideraciones textuales, formales o estructurales solo tienen un papel discreto a la hora de incidir en el Margen de Apreciación, en el sentido de deferencia hacia las decisiones de los Estados, ya que ellas serían parte de las consideraciones de primer orden, relativas a la naturaleza de los derechos en juego, mientras que el ámbito propio de la DMA lo constituye la evaluación de los factores externos (seguridad nacional, derechos de terceros, etc.), que son razones de segundo orden, las que se conjugan con las razones de primer orden que proveen los derechos, en el momento en que el Tribunal lleva a cabo su razonamiento para adjudicar el caso en cuestión.

El papel discreto que le asigna Legg a dichas consideraciones textuales, formales o estructurales, se explica en parte porque él, como vimos, explícitamente decide que su enfoque sobre la DMA se encuentre a nivel teórico abstracto, más allá de las prácticas del Tribunal (véase, LEGG, 2012: 11). Como veremos, esto es justamente lo que le impide apreciar la importancia que los elementos provenientes de la técnica legislativa tienen para guiar el proceso de interpretación de las normas.

A mi juicio, la desatención de dichos elementos por parte del debate, es la causante de buena parte de la confusión y de los problemas que supuestamente la dogmática ha provocado en el sistema del Convenio, los que se ha materializado en la opacidad del propósito práctico que posee la DMA dentro de ese sistema.

En este sentido, una forma más sistemática de reconstruir los elementos del contexto o estándares de aplicación de la DMA, a los que he aludido, consiste en distinguir, por una parte, criterios formales y, por otra, criterios substantivos. Estos últimos serían, como vimos: la existencia o no de un consenso europeo y valores comunes, lo que supone, ante su ausencia, acudir al contexto nacional o local donde se aplica, dejando un amplio Margen de Apreciación a los Estados; y los derechos fundamentales para una sociedad democrática y pluralista, en cuya identificación los

valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, que son parte del *ethos* del sistema del Convenio, juegan un papel central, y cuyo propósito es llamar a un escrutinio más cuidadoso por parte del Tribunal, a saber, que a pesar de la ausencia de un consenso europeo y valores comunes, si la aplicación de las cláusulas de limitación afectan derechos fundamentales para una sociedad democrática, el Tribunal debe de igual forma someter la medida de interferencia (o interferencia *prima facie*) al test de tres pasos.

Por ello, surge la necesidad de acudir al tercer criterio, a saber, la identificación de ciertos elementos textuales, formales o estructurales cuyo análisis incide en el Margen de Apreciación. Como señalé, se ha hecho referencia a estos elementos desde la década de los 80, pero la dogmática ha prestado poco interés en desarrollar este asunto.²¹¹

Dicho criterio busca capturar una cuestión importante: que existen determinados elementos textuales, formales y estructurales en el Convenio, que el Tribunal utiliza a la hora de interpretar los derechos y libertades consagrados en él. Hay varios de estos elementos, y seguramente se pueden identificar más, pero, dado lo que aquí nos convoca, me referiré a dos: la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos y la distinción entre normas que establecen derechos y normas alterativas de dichas normas (entre las que se cuentan las reservas, excepciones, limitaciones y derogaciones).

En lo sucesivo desarrollaré este criterio o estándar de aplicación del Margen de Apreciación el que, junto con los dos ya analizados, ayuda a determinar su magnitud. La primera de estas “consideraciones formal-estructurales” (WEBBER, 2016: 4) que se abordará, relativas a la manera en que el Convenio establece los derechos y libertades que reconoce, será la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos. Para ello, primero mostraré un panorama general sobre cómo opera dicha distinción al nivel del derecho internacional de los derechos humanos, para luego abordarla al nivel del Convenio, mostrando de qué manera ella se expresa en determinadas disposiciones y casos.

²¹¹ Notables excepciones han sido DELMAS-MARTY, 1992: 7-14; LEGG, 2012: 201-218; y WEBBER, 2016: 2-24.

5. Derechos absolutos como derechos no-derogables.

Es bastante polémico qué supone calificar ciertos derechos como absolutos.²¹² Este es un problema jurídico, propio de la teoría del derecho, en general, y del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, y, al mismo tiempo, un problema filosófico. Aquí solo se abordará la cuestión jurídica, ya que la dimensión filosófica de esta cuestión se analizará más adelante.

Dada la naturaleza de los derechos considerados absolutos, el problema requiere ser discutido no solo a nivel regional (europeo), sino que a nivel global o multinacional. En otras palabras, se trata de una práctica jurídica compleja, que viene delimitada por una discusión que atañe, sobre todo, al derecho internacional de los derechos humanos, antes que al sistema europeo. Por ello, a continuación, analizaremos algunos elementos de la práctica general a nivel internacional, para luego, en la sección siguiente, volver sobre su expresión en el sistema del Convenio.

El problema jurídico de los derechos absolutos es doble, al menos en lo relativo al derecho internacional de los derechos humanos: primero, que la idea de derechos humanos absolutos implicaría la existencia de una jerarquía entre derechos; segundo, que la idea de derechos humanos absolutos estaría atada conceptualmente a la noción de no-derogabilidad en caso de emergencias o estados de excepción.

Respecto del primer problema, la implicación de una jerarquía de derechos, se debe reconocer, en primer lugar, que todos los tratados internacionales sobre derechos humanos contemplan normas que establecen excepciones, limitaciones o calificaciones de algún tipo respecto de algunos derechos, pero, al mismo tiempo, excluyen la aplicación de dichas normas sobre otros.²¹³ En este sentido, la existencia de dichas calificaciones es la que da origen a una jerarquía de derechos.²¹⁴ Esto iría en contra del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, esto decir, la idea de que “todos los derechos humanos son igualmente importantes y que no está permitido excluir

²¹² La expresión es de Barak, quien se refiere no tanto a las cuestiones conceptuales que interesan aquí, sino que más bien a la cuestión, que se tratará más adelante, sobre el proceso de adjudicación de tales derechos (BARAK, 2012: 29 y ss.). Preferiré aquí utilizar las etiquetas ‘derechos absolutos’ y ‘derechos no-absolutos’, que me parece más apropiada en el caso de los derechos humanos.

²¹³ Veremos, más adelante, que los instrumentos que consagran derechos se decantan por dos vertientes en lo que respecta al establecimiento de limitaciones de los derechos que consagran: derechos sin cualificación alguna, acompañados con una cláusula general de limitación, o bien, cláusulas de limitación o restricción específica para cada derecho, como es el caso del Convenio.

²¹⁴ “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27), cada uno de ellos contiene una lista de derechos susceptibles de derogación, introduciendo así una jerarquía de derechos” (TAVERNIER, 2006: 13).

ciertos derechos o ciertas categorías de derechos” (BREMS, 2001: 14).²¹⁵ Aquí hay dos cuestiones problemáticas. La primera, es la que se vincula con la clarificación misma del criterio que permite sustentar dicha jerarquía de derechos; la segunda, se relaciona con las consecuencias que de ella se derivan de una aparente jerarquía de derechos.

Sobre el criterio para sustentar una jerarquía de derechos, tradicionalmente se ha entendido que existen normas imperativas de derecho internacional, que configuran el denominado *ius cogens*, dentro del que se incluyen los denominados derechos absolutos o no-derogables.²¹⁶ Es en este sentido que el problema de los derechos absolutos requiere ser discutido no solo a nivel regional, sino que a nivel global o multinacional.²¹⁷

Una forma de entender cómo opera el *ius cogens*, es compararlo con las normas imperativas o perentorias del derecho interno. Ellas básicamente funcionan como “una técnica jurídica que protege contra la fragmentación del derecho en una pluralidad de regímenes legales aplicables separadamente bajo la apariencia de la autonomía privada. O, en otras palabras, por *ius cogens* la regla *lex specialis derogat generali* es reemplazada por la regla opuesta *lex specialis non derogat*

²¹⁵ Para una bien referenciada reconstrucción de este problema, véase KOJI, 2001. Para un análisis que releva la necesidad de la coherencia entre los alcances de la protección de los derechos humanos a nivel de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, basado en una concepción universal e indivisible de ellos, véase SHEININ, 2013. El estudio clásico sobre la complementariedad de los sistemas de protección de derechos humanos, es el de Cançado Trindade, quien señala que: “La Declaración Universal es la fuente de inspiración y un punto de irradiación y convergencia de los instrumentos de derechos humanos tanto a nivel global como regional. Constituye un impulso decisivo en el proceso de *generalización* de la protección de los derechos humanos [...] Desde esta perspectiva, puede verse que los instrumentos de derechos humanos globales y regionales, en vez de competir entre sí, se complementan” (CANÇADO TRINDADE, 1987: 23).

²¹⁶ Son varios los elementos normativos del derecho internacional que se consideran como parte del *ius cogens*. Así, se ha dicho que lo integran: “los principios fundamentales de la Carta de Naciones Unidas, especialmente la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2(4)) [...] también parece claro que los derechos humanos fundamentales forman parte del *ius cogens* [...] Otras reglas mencionadas frecuentemente son el principio de autodeterminación, el derecho humanitario en conflictos armados y la libertad de los mares. Sería correcto asumir que todos los valores básicos del orden jurídico internacional pueden dar lugar a reglas de *ius cogens*, que en consecuencia protegen la comunidad como un todo” (FROWEIN, 1984: 329). Por ello, una de las críticas al *ius cogens*, es que éste es una caja vacía, o una cuyo inventario es difícil de determinar. A pesar de ello, existe “una relación casi intrínseca entre las normas imperativas y los derechos humanos. La mayor parte de la jurisprudencia en la que se ha invocado el concepto de *ius cogens* se ocupa de los derechos humanos” (BIANCHI, 2008: 491).

²¹⁷ Hay autores que niegan la posibilidad de que exista un *ius cogens* regional, ya que “ello no calzaría con los triunfos ‘absolutos’ con que ha sido investida y quizás infectada dicha noción” (KOLB, 2015: 97). En sentido contrario, se ha señalado que “puede haber normas que adquieran un carácter perentorio sólo en un contexto regional” (GAJA, 1981: 284). ¿Cómo se puede saber entonces cuando una norma imperativa tendría un carácter regional o universal? Este asunto descansa a juicio de algunos solo en la voluntad de los Estados: “Para determinar la existencia de una norma imperativa en un contexto regional, solo es decisiva la actitud de los Estados pertenecientes a la región. Habría que considerar si esos Estados pretenden contribuir a la formación de una norma imperativa que se aplique solo a escala regional o a la creación de una norma que afecte a todos los Estados” (GAJA, 1981: 305 n. 24). Esta posición, como veremos, adopta una concepción específica del *ius cogens*, que lo vincula con el material jurídico positivo y, por tanto, rechaza su posible origen en el derecho natural o en principios o valores morales.

generali cogentis. La perentoriedad es la contrapartida de la regla *lex specialis*” (KOLB, 2015: 3).²¹⁸

En el ámbito del derecho internacional, existen varias teorías que explican la peculiaridad del *ius cogens*, las que recogen algunas, pero no todas, las características de las normas imperativas de derecho interno.²¹⁹

Así, están aquellas: (1) que consideran al *ius cogens* internacional como una expresión del derecho natural “una limitación del alcance del consentimiento y voluntad [de los Estados] en el derecho internacional, no puede ser explicada por instrumentos de legalismo positivista” (KOLB, 2015: 30); (2) aquellas que lo consideran como parte del Orden Público de la comunidad internacional, el que “da lugar a una serie de normas constitutivas de esa comunidad. Dichas normas protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional contra el deterioro que resulta

²¹⁸ Sin embargo, la relación entre las normas imperativas/*ius cogens* de derecho interno e internacional no están en una relación de correspondencia unívoca, ya que el ordenamiento jurídico internacional no posee las mismas características que el derecho interno, por lo que queda por determinar cuáles comparten. Entre las características que destacan a las normas imperativas de derecho interno cabe considerar: 1) “las normas de *ius cogens* interno no están limitadas por normas de políticas públicas que encarnan valores fundamentales. Están vinculadas, más bien, con legislación pública que no admite derogación”; 2) “no hay una cuestión de jerarquía normativa aquí, ya que la legislación pública de que se trata puede estar situada a cualquier nivel de normatividad, desde la Constitución hasta la más simple regulación administrativa”; 3) “el *ius cogens* es aquí no tanto una norma en sí misma, como una cierta cualidad normativa que ciertas normas poseen: ellas son imperativas o no, según el tipo de interés jurídico protegido”; 4) “el concepto de *ius cogens* está intrínsecamente vinculado al principio de *lex specialis*: donde se aplica este último, la norma es dispositiva; cuando no se aplica este último, la norma es imperativa”; 5) “el efecto de dicho *ius cogens* es la nulidad de los actos jurídicos, tales como contratos o actos unilaterales”; 6) “el estatus imperativo de un norma implica una limitación significativa al poder de creación de normas jurídicas”; 7) “las categorías de *ius cogens* y *ius dispositivum* son exhaustivas y están relacionadas: cualquier norma tiene la una u la otra calidad jurídica, *tertium non datur*” (KOLB, 2015:3-4).

²¹⁹ Se ha apuntado que una de las diferencias fundamentales entre las normas imperativas de derecho interno y de derecho internacional, es que en las primeras “las normas del orden público pueden ser promulgadas por el legislador o ser aceptadas debido a que su objeto es evidente, incluso cuando la legislación no se refiere expresamente a ellas, como el derecho no escrito o consuetudinario”, en las segundas, en cambio, “una norma no puede convertirse en parte del orden público a través de la legislación, ya que en este sistema legal descentralizado la legislación se concentra en manos de personas jurídicas, las que pueden cambiar esas normas por acuerdo”. Por ello, en el ámbito internacional, “el orden público opera como una cuestión de necesidad y factores distintos a la voluntad del Estado son necesarios para comprender este fenómeno” (ORAKHELASHVILI, 2006: 30). En cambio, en un sentido fundamental para determinar cuáles normas son *ius cogens*, las normas imperativas de derecho interno e internacional se asemejan: miradas desde el punto de vista de ser ellas constitutivas del orden público, es difícil su identificación en un catálogo y son resistentes a capturarlas en una definición realizada en un pronunciamiento judicial. Esto último es relevante en el caso del derecho internacional, ya que, en primer lugar, “los tribunales se referirán al concepto de *ius cogens* solo si el carácter imperativo de la norma es relevante para la resolución de la controversia”; en segundo lugar, “debe entenderse que los tribunales y cortes internacionales no están allí para hacer el derecho internacional, sino para identificar y aplicar el derecho preexistente”; finalmente, “puede haber referencias judiciales al concepto de *ius cogens* que no se refieran totalmente al derecho imperativo, y también puede haber referencias adecuadas al derecho imperativo sin mencionar el concepto general de *ius cogens*” (ORAKHELASHVILI, 2006: 42).

de la derogación y de la acción estatal”, conformando normas de colisión vertical (KOLB, 2015: 32); (3) las que consideran, por el contrario, “que el sustrato fundacional [de la comunidad internacional] es legal: “la cuestión gira en torno a los principios generales fundamentales del orden legal, los que conforman el *ius cogens* de cualquier orden jurídico”, y que o que, ellas conforman “el mecanismo que mantiene las condiciones mínimas de existencia y adecuado funcionamiento del orden jurídico internacional (una especie de mínimo existencial, *Existenzminimum*)” (KOLB, 2015: 38); (4) las que consideran al *ius cogens* internacional como una técnica jurídica inherente en el derecho, “autores que se niegan a definir el *ius cogens* en términos de contenido substantivo [...] y se abstienen de indicar lo que podría hacer que un régimen jurídico sea perentorio. En su lugar, estos autores se concentran en el o los efectos del *ius cogens*, esto es, la prohibición de la fragmentación de un régimen normativo en un subconjunto de *leges speciales*”, en suma, la no-derogabilidad (KOLB, 2015: 39); (5) y aquella que lo conciben como una regla específica para el conflicto de los sucesivos tratados, que busca la coordinación de las normas de derecho internacional, siendo, por tanto, normas de colisión horizontal. En este sentido, “el *ius cogens* se convierte en una técnica para resolver algunos de estos conflictos horizontales. Descansa en una limitación voluntaria del poder creador de normas de los Estados para ciertos asuntos” (KOLB, 2015: 40).

Luego, el concepto de *ius cogens* no es claro a qué se refiere, dadas las diversas teorías que buscan conceptualarlo. Pero, más allá de esta discusión, respecto del *ius cogens* hay dos usos distintos que se pueden identificar en la práctica del derecho internacional y, por tanto, dos sentidos fundamentales.²²⁰

En un sentido, se refiere al derecho de los tratados: impide que los Estados puedan pactar en un instrumento internacional alguna norma que establezca excepciones, limitaciones o calificaciones de algún tipo a dichos derechos considerados absolutos (teoría 5).²²¹ Así, por ejemplo, que los Estados miembros del Consejo de Europa establezcan una excepción al artículo 3 del Convenio, en el sentido de permitir la tortura contra un detenido por actos terroristas con el fin de impedir el

²²⁰ Se ha señalado justamente que las definiciones del *ius cogens* pueden clasificarse en dos tipos: “aquellas que se mantienen cerca del *criterio de no-derogabilidad*” y aquellas “cuyos autores insisten en que el *ius cogens* es una serie de *reglas substantivas de estatus jerárquicamente superior* y que forman una especie de constitución de la comunidad internacional” (KOLB, 2015: 10-11).

²²¹ Esta es la concepción tradicional de *ius cogens*, como distinta al *ius dispositivum*, la idea de que “en el derecho internacional existen normas que tienen el carácter de *ius cogens*, esto es, normas con las cuales los tratados no deben entrar en conflicto” (VERDROSS, 1966: 55). Son en este sentido, un límite al, en principio, “ilimitado poder de los Estados de concluir tratados internacionales”. En otras palabras, esta teoría buscaría responder la siguiente pregunta: “¿Existen normas de derecho internacional que, por consentimiento, no puedan modificar los sujetos del derecho internacional?” (SCHWARZENBERGER, 1965: 455).

acaecimiento de un atentado terrorista inminente. Este es el sentido de *ius cogens* que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artículos 53 y 64, contemplando como sanción la nulidad del instrumento internacional. En otras palabras, el *ius cogens* constituye una limitación al proceso de creación del derecho internacional.

En otro sentido, el *ius cogens* se entiende que se extiende desde el derecho de los tratados hacia “otros campos del derecho internacional, incluyendo las acciones unilaterales de los Estados” (MERON, 1986: 19), la que ha sido la postura de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Aquí, es particularmente relevante la cuestión de si los Estados pueden, en determinadas circunstancias de emergencia o excepción constitucional no previstas en el instrumento internacional, suspender de forma unilateral algunos derechos o libertades considerados absolutos (teoría 4). En otras palabras, el *ius cogens* mira por otra parte a las obligaciones de los Estados ante el orden internacional.

En cualquier caso, se puede afirmar que acudir a la noción de *ius cogens* no resuelve por sí solo el problema, no solo porque hay, como vimos, dos sentidos relevantes y no necesariamente complementarios de él, sino porque persiste la cuestión sobre cuál sería el criterio para calificar a ciertos derechos como absolutos (este es el problema que la teoría 4 trata justamente de resolver, renunciado a una noción substantiva de *ius cogens*, que defienden las teorías 1 y 2). Esto implica que no es claro en qué casos estamos ante derechos humanos entendidos como *ius cogens*; ¿son todos los derechos consagrados en convenios internacionales de derechos humanos *ius cogens* o solo algunos? Veremos que una estrategia adecuada para sortear estas dificultades, consiste en acudir a una noción funcional del *ius cogens*, que pone énfasis en sus consecuencias, a saber, en la no-derogabilidad de ciertos derechos. A pesar de sus dificultades, esta aproximación es más acertada, en la medida que se sustenta en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos.²²²

²²² Las dificultades son que las normas imperativas del derecho internacional son difíciles de identificar justamente por ser ellas resistentes a una definición general que no esté atada a un pronunciamiento judicial. Además, una definición puramente funcional, esto es, basada en sus efectos: la no-derogabilidad, no explica justamente por qué algunas normas de derecho internacional no son derogables. Por ello, se ha defendido un criterio multinivel a la hora de identificar las normas imperativas de derecho internacional. A este respecto se ha dicho “El argumento categórico, se centra en la naturaleza básica de las normas perentorias, en los factores que hacen que una norma sea perentoria. El argumento normativo, examina si una norma que califica categóricamente como parte del *ius cogens* es así reconocida por el derecho internacional” (ORAKHELASHVILI, 2006: 36). Por ello, “el vínculo con el interés de la comunidad, distinto de los intereses individuales de los Estados, debería ser un factor clave para determinar el carácter perentorio de una norma. Debe preguntarse si una norma tiene por objeto beneficiar a un actor determinado en interés de la comunidad. También hay que preguntarse si sería posible una derogación válida de una norma

Respecto de las consecuencias que tiene la idea de una jerarquía de derechos considerados como absolutos, atendiendo a los efectos que la imperatividad de dichas normas tiene en el derecho internacional de los derechos humanos, surge un problema adicional, relativo a la legitimidad de la comunidad internacional para determinar la existencia y el alcance de las obligaciones que emanan de esos derechos absolutos entendidos como *ius cogens* y, en consecuencia, la responsabilidad de un Estado frente a la acción unilateral de éste que viole tales derechos. En otras palabras, ¿son las obligaciones emanadas de las normas imperativas de derecho internacional *erga omnes*?²²³

Una forma de abordar dicho problema adicional, ha sido acudir al concepto de orden público de la comunidad internacional u orden jurídico internacional: que los derechos humanos entendidos como *ius cogens*, no solo están en la cúspide del orden jurídico internacional, sino que constituyen sus cimientos (el problema al que apunta la teoría 3).²²⁴ Dicho orden, tendría “un sentido más amplio que el de *ius cogens*. Las reglas que pertenecen a él se aplicarían no solo a los miembros de la comunidad internacional que actúan como partes contratantes, sino que también obligan en otras situaciones jurídicas relevantes, distintas a las relaciones convencionales” (MOSLER, 1976: 35).²²⁵ Este, como vimos, es también el foco de la teoría 2 sobre el *ius cogens*. Un concepto más

determinada [...] Estos criterios formales y materiales son tan complementarios como los dos lados de una moneda” (ORAKHELASHVILI, 2006: 47).

²²³ Se suele distinguir entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*: “Las obligaciones *erga omnes* no sólo cubren (algunas o todas) las normas de *ius cogens*, sino también las que rigen el estatuto y los límites de los Estados, las ciudades, las islas y los territorios internacionalizados, que pueden modificarse fácilmente mediante tratados. Es al menos dudoso que las violaciones unilaterales del *ius cogens* en todos los casos den lugar a una mayor responsabilidad frente a la comunidad de Estados, o si esto es solo el caso si la violación es masiva y amplia” (KADELBACH, 2006: 25-26). En este sentido, no hay una relación automática entre normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, que sea conceptualmente relevante para establecer una correspondencia unívoca, una conexión consecencial o tener un carácter co-extensivo. Por ello, es un error confundir ambos conceptos: “La equivalencia entre ambos conceptos se basa en un malentendido teórico, consistente en la confusión entre las características *materiales* de las normas pertinentes y una posible, y meramente hipotética, *cualidad* de estas reglas” (PICONE, 2011: 411). De allí que sea más preciso hablar de normas de *ius cogens* con efecto *erga omnes*. Contra esto, se ha planteado que en realidad existen dos categorías de reglas de *ius cogens*, las de primer y las de segundo orden, siendo estas últimas “las que que especifican las consecuencias jurídicas que se derivan de la postulada superioridad del *ius cogens* sobre el derecho internacional ordinario” (LINDERFALK, 2011: 360). Para un análisis del efecto *erga omnes* en el sistema del Convenio, véase BESSON, 2011 y ZYSSET, 2017: 117-119.

²²⁴ Dicho orden público internacional, que sería una analogía de la idea de orden público nacional, poseería dos elementos básicos: “(1) Se trata de derecho público en sentido estricto, es decir, que no se ve afectado por acuerdos en contrario entre particulares. Tales acuerdos privados son nulos, anulables o, por lo menos, inaplicables por los órganos de la comunidad, especialmente los tribunales nacionales. (2) Estas reglas son reglas prohibitorias. Su función es la de todas las reglas incapacitantes, es decir, impedir que las partes individuales tomen medidas que deseen tomar” (SCHWARZENBERGER, 1965: 456).

²²⁵ En este sentido, solo cabe mencionar la importancia para el derecho internacional del caso *Barcelona Traction* seguido ante la Corte Internacional de Justicia [*Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), New Application: 1962, sentencia de 5 de febrero de 1970], donde se estableció

filosófico (y más actual), que captura la misma idea, sería el de orden jurídico global.²²⁶ Sin embargo, este concepto de orden jurídico global viene delimitado por una postura más escéptica, la que se expresa en la demanda para la creación de instituciones específicas que garanticen dicho orden; por ejemplo, en la necesidad de establecer un Tribunal Mundial de Derechos Humanos.²²⁷

Si fuera el caso de un orden público de la comunidad internacional, entonces, los Estados serían responsables internacionalmente por sus acciones unilaterales, incluso si no se han obligado convencionalmente a ello, lo que autorizaría, ante la violación de tales normas imperativas, la adopción de medidas por parte de los demás miembros de la comunidad internacional contra el Estado que las infringe.

Lo anterior, en principio, resolvería el problema de la existencia de la obligación y la responsabilidad frente a la violación de tales derechos. Pero, por el contrario, esto no solo no resuelve el problema del criterio para calificar a determinados derechos como absolutos, sino que además reduce el campo de acción internacional frente a violaciones a los derechos humanos que

el concepto de obligaciones *erga omnes* de los Estados, obligaciones hacia la comunidad de Estados como un todo: “33. Cuando un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, está obligado a extenderles la protección de la ley y a asumir obligaciones relativas al trato que se les debe dar. Sin embargo, estas obligaciones no son ni absolutas ni incondicionales. En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que surgen frente a otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras son de preocupación de todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*”. Luego señala: “34. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, del derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y las discriminaciones raciales. Algunos de estos derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general [...]; otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal”. En otras palabras, lo que estableció este caso es que “en caso de incumplimiento del *ius cogens*, las prescripciones del daño directo y del perjuicio, ya no se deberían aplicar y los Estados deberían poder interponer un recurso ante la Corte Internacional de Justicia, independientemente de que los incumplimientos en cuestión se relacionan o no directamente con sus intereses” (ORAKHELASHVILI, 2006: 518).

²²⁶ En este sentido se ha dicho: “El régimen global de derechos humanos se basa en la aplicación nacional de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La creación de normas se ha internacionalizado. No obstante, la aplicación autoritativa de normas internacionales de derechos humanos se deja casi exclusivamente a los Estados soberanos. Las pocas y limitadas excepciones —sobre todo el genocidio, los crímenes contra la humanidad, ciertos crímenes de guerra y quizás la tortura y la ejecución arbitraria— solo subrayan la casi completa autoridad soberana de los Estados para implementar los derechos humanos en sus territorios como les parezca conveniente” (DONNELLY, 2007: 283).

²²⁷ Para un desarrollo de esta idea y del proyecto, véase NOWAK, 2007. Para la incorporación de esta idea en el razonamiento del Tribunal, a propósito de la necesidad de la universalidad de los derechos humanos, véase SCHEININ, 2013.

realice un Estado, concentrándose en aquellas violaciones masivas y sistemáticas, lo que contribuye a reforzar aún más la idea de una jerarquización de los derechos humanos.²²⁸

El segundo problema jurídico, es la idea de que los derechos humanos absolutos estarían atados conceptualmente a su no-derogabilidad en caso de emergencias o estados de excepción.²²⁹ Esta, como vimos, se vincularía a la teoría 4 sobre el *ius cogens*, la que renuncia a esclarecer un criterio substantivo de imperatividad (la que derivaría de las normas mismas o de un orden que lo confiera),²³⁰ concentrándose más bien en sus efectos.²³¹

Así, los derechos humanos absolutos, entendidos como *ius cogens*, serían tales por su “aceptación como ley general de la que no se permite ninguna derogación” (KOLB, 2015: 39). Esta es una definición de imperatividad, o lo que es lo mismo, del carácter de *ius cogens* de ciertas normas, basada en sus efectos.²³² Además, se ajustaría de mejor manera al texto de la Convención de Viena, que no solo ubica al *ius cogens* en la sección relativa a la nulidad de los tratados, sino que

²²⁸ Pero incluso esta cuestión sería problemática, ya que desdoblaría del carácter absoluto de ciertos derechos la idea de su protección universal, ya que su violación no gatillarían inmediatamente la responsabilidad internacional y la reacción de la comunidad internacional frente, por ejemplo, a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que incluyan dichos derechos. Por ejemplo, el Estatuto de Roma, si bien establece en su artículo 5 que la Corte Penal Internacional tiene competencia frente a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, contemplando como tales los siguientes: genocidio (artículo 6), de lesa humanidad (artículo 7) y crímenes de guerra (artículo 8), dejando el tipo penal abierto de crímenes de agresión (artículo 5 número 2); al mismo tiempo, restringe su competencia al “territorio de cualquiera Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”. Con esto, pierde fuerza la idea de *ius cogens* a costa de una clarificación en el procedimiento ante una violación de tales normas imperativas.

²²⁹ En este sentido se ha dicho: “Esta categoría particular de derechos muestra más claramente la jerarquía de los derechos humanos: se relaciona exclusivamente con las normas de derechos humanos y los derechos humanos mencionados no son meramente ejemplos, sino que constituyen una lista exhaustiva. Debido a su especificidad normativa y estatus, los derechos no-derogables se consideran a menudo derechos humanos fundamentales, *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*” (KOJI, 2001: 920).

²³⁰ “La consecuencia del orden público es conferir sobre aquellas normas que protegen tales valores superiores un estatus legal superior. Estas normas no pueden ser derogadas, no se admiten excepciones a ellas (reservas, necesidad militar, etc.), ellas tienen un estatus jerárquico superior” (KOLB, 2015: 32-33).

²³¹ Otro campo donde se aprecia la utilidad del enfoque funcional, es en la definición y distinción de categorías jurídicas fundamentales. Así, “las diferentes categorías de reglas fundamentales se distinguen según las consecuencias jurídicas que se les atribuyen. El *ius cogens* denomina así a las normas cuyo efecto es hacer anulables los tratados conflictivos (artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y, posiblemente, la prohibición contra la realización de reservas a disposiciones del tratado que sea *ius cogens*. Las obligaciones *erga omnes*, por el contrario, han sido consideradas hasta ahora, y de forma amplia, como un concepto de responsabilidad del Estado; siendo definidas como obligaciones *vis-à-vis* a la comunidad internacional de los Estados, que imponen deberes especiales al Estado infractor, que pueden ir más allá del esquema de reparación bilateral que se aplica en las relaciones jurídicas recíprocas” (KADELBACH, 2006: 26).

²³² De la misma opinión es la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y de varios autores (véase KOLB, 2015: 39 n. 16).

utiliza, en su definición como norma imperativa en el artículo 53, la expresión “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional”.²³³

En este sentido, la no-derogación en caso de emergencia, sería el caso extremo y, quizás, donde más claramente se aprecia la idea del carácter absoluto de ciertos derechos, ya que sería el único relevante en un orden jurídico internacional de los derechos humanos caracterizado por limitaciones, restricciones o excepciones de gran diversidad e intensidad variable.²³⁴

Como vimos, en varios instrumentos de derechos humanos, si bien se reconoce una amplia gama de limitaciones, limitaciones o excepciones, ya sean generales o específicas, sobre determinados derechos, existen concomitantemente otros derechos cuya consagración normativa no incluyen cláusulas de este tipo y, más aun, se prohíbe explícitamente que ellos sean derogados temporalmente o suspendidos, incluso en el caso de circunstancias excepcionales o emergencias, las que, en general, permiten afectar a otros derechos, tal como contempla el Convenio en párrafo 2 del artículo 15 respecto a los artículo 2 (en tiempos de paz), 3, 4 párrafo 1 y 7. Esta no-derogabilidad de ciertos derechos, configura en sí misma un principio de derecho internacional.²³⁵

Entonces, si acudimos a la no-derogabilidad de ciertos derechos, se resolvería el problema de la clarificación del criterio que permite sostener el carácter absoluto de ciertos derechos en el sentido de *ius cogens*: ellos serían todos aquellos que no sean derogables o suspendibles en estados de excepción o emergencia, es decir, que se encuentren constreñidos por el principio de no-derogabilidad. En otras palabras, parte del núcleo de algunos derechos humanos, no importa si sean éstos legales o morales, estaría definido o integrado por un principio de derecho internacional denominado no-derogabilidad. Pero esto todavía deja sin solución el problema de la justificación de tal principio.

²³³ En el mismo sentido, véase PICONE, 2011: 413-414.

²³⁴ El Estatuto de Roma, por ejemplo, se concibe a sí mismo, en su artículo 1, como de “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”, por lo que la declaración del estado de guerra y la derogación de derechos y libertades que trae consigo aparejada, y el conocimiento y resolución de las violaciones a los derechos humanos que hayan ocurrido en dicho contexto, sigue siendo un asunto que interesa primeramente a cada Estado. Esto se ve reforzado no solo por la idea de que el Estatuto solo se aplica si los Estados lo han suscrito, sino que, además, por lo que contempla su artículo 10: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

²³⁵ “Según este vital principio, incluso en situaciones de emergencia pública que amenacen la vida de una nación, hay algunos derechos que no pueden ser suspendidos. Este principio establece una clara limitación al derecho de los Estados a tomar medidas derogatorias de los estándares de derechos humanos cuando enfrentan una emergencia” (ORAÁ, 1992: 87).

La justificación de la no-derogabilidad de ciertos derechos es discutible, si ella descansa solamente en la forma en que ella opera, ya que como toda concepción funcional es dependiente de la práctica de la que surge, y éstas, a su vez, muchas veces no son estables y, usualmente, son resistentes a su elucidación teórica.²³⁶ En otras palabras, si se acepta como criterio del carácter absoluto de ciertos derechos su no-derogabilidad, se debe aceptar, no solo que dicho criterio depende lógicamente de la capacidad del legislador de pre-concebir determinadas circunstancias que sí justifican la procedencia de la derogabilidad, sino que también que dichas circunstancias dependen conceptualmente del contexto donde se surgen y que, por lo tanto, estarían atadas a la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia. En este sentido, se ha dicho:

Muchas personas piensan que los derechos no-derogables representan el núcleo mínimo de derechos humanos, pero algunas normas, tales como la protección al personal médico y religioso, son también útiles en la regulación de los estados de emergencia. La propuesta de la Cruz Roja es considerar a dichas normas como no-derogables. Sin embargo, las normas vigentes en un estado de emergencia no son parte de las normas aplicables en tiempos de paz (KOJI, 2001: 923).

Por otra parte, hemos visto que hay desacuerdo sobre el catálogo mínimo de derechos absolutos. Del mismo modo, existe también desacuerdo sobre el catálogo de derechos no-derogables, lo que nos regresa al punto de partida.²³⁷

Para intentar salvar esto, se podría construir un catálogo mínimo a partir de la simple convergencia de los diversos tratados de derechos humanos (tanto globales como locales), lo que traería aparejado, a su vez, dos problemas adicionales. El primero, que dicho catálogo sería un mínimo de mínimos, una enumeración, lo que redundaría nuevamente en la justificación de tal enfoque.²³⁸ El segundo, y más importante aún, que no tenemos categorías analíticas claras para distinguir entre derogaciones en caso de emergencia, excepciones, limitaciones y reservas; y, por ende, no

²³⁶ Lo que sí es claro es que, a nivel internacional, “el carácter imperativo de algunos derechos humanos se afirma en la práctica judicial” (ORAKHELASHVILI, 2006: 54). Para un listado parcial de todos los organismos, tribunales y cortes que reconocen el carácter imperativo o de *ius cogens* de algunos derechos humanos, véase ORAKHELASHVILI, 2006: 54-55.

²³⁷ A pesar de este desacuerdo, es posible, como veremos, compartir una idea general sobre los derechos humanos: “Dos personas pueden tener la misma idea general de los derechos humanos, aunque no estén de acuerdo sobre los derechos que deben figurar en una lista de esos derechos e incluso sobre si existen derechos morales universales” (NICKEL, 2014).

²³⁸ Como señala un autor: “Si hay un fondo común en dicha lista, este no es idéntico y ha sido complementado con protocolos posteriores. El *ius cogens* igualmente no es inmutable y las listas de normas en esta categoría varían de un autor a otro y pueden ser modificadas y completadas. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena no han adoptado este método de enumeración” (TAVERNIER, 2006: 13)

podríamos establecer dicho catálogo, porque no sabríamos en muchos casos a cuál categoría pertenece aquello que estamos tomando como criterio definitorio.²³⁹

Para aclarar esto, tomemos un ejemplo. El derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio, establece en su número 2 ciertas excepciones, es decir, establece que ciertos resultados de muerte no se considerarán que violan lo establecido en dicho artículo, esto es, cuando sea “consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”. Sin embargo, en el caso del artículo 4 de la Convención Americana no se establecen tales excepciones y solo se habla genéricamente de que “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. No queda claro si esta norma establece una excepción de carácter general a ese derecho, que vale en cualquier contexto, o si se trata simplemente de una limitación, por delimitación, a ese derecho. En ambos sistemas, además, existen cláusulas de derogación temporal de derechos que operan en circunstancias calificadas.

En otras palabras, lo que constituye una excepción bajo el sistema europeo, bien no puede serlo bajo el sistema americano.²⁴⁰ Así, tratándose de la pena de muerte, en el sistema europeo rige el

²³⁹ Esta cuestión es, a mi juicio, central en el caso del margen de apreciación y será analizada más adelante con mayor profundidad.

²⁴⁰ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conoció del caso *Neira Alegría y otros Vs. Perú*, sentencia de 19 de enero de 1995, donde, en el contexto de una represión de un motín en el penal El Frotón, tres reos acusados de delitos terroristas desaparecieron y luego fue confirmada su probable muerte, todo lo cual ocurrió en un estado de emergencia constitucional. En definitiva, la Corte condenó a Perú por la violación del artículo 4.1. y 27.2 de la Convención, basado en lo medular, en los siguientes argumentos: “76. De las circunstancias que rodearon la debelación del Penal San Juan Bautista y del hecho de que ocho años después de ocurrida no se tengan noticias del paradero de las tres personas a que se refiere el presente caso, del reconocimiento del señor Ministro de Relaciones Exteriores en el sentido de que las víctimas no aparecieron dentro de los sobrevivientes y de que ‘tres de los [cadáveres no identificados] sin duda corresponden a esas tres personas’ y del uso desproporcionado de la fuerza, se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención. 77. Esta Corte considera que el Gobierno también infringió lo dispuesto por los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención Americana debido a la aplicación de los Decretos Supremos 012-IN y 006-86 JUS de 2 y 6 de junio de 1986, que declararon el estado de emergencia en las provincias de Lima y de El Callao y Zona Militar Restringida en tres penales, entre ellos el de San Juan Bautista. En efecto, si bien dichos decretos no suspendieron de manera expresa la acción o recurso de hábeas corpus que regula el artículo 7.6 de la Convención, de hecho, el cumplimiento que se dio a ambos decretos produjo la ineficacia del citado instrumento tutelar y, por tanto, su suspensión en perjuicio de las presuntas víctimas. El hábeas corpus era el procedimiento idóneo para que la autoridad judicial pudiese investigar y conocer el paradero de las tres personas a que se refiere este caso”. En definitiva, no queda claro en el razonamiento de la Corte en este caso, por qué invirtió la secuencia de los argumentos del Gobierno del Perú, ya que, en realidad, debería haber descartado primero la aplicabilidad del estado de emergencia y la suspensión de las garantías constitucionales, para luego analizar la cuestión de si el debelamiento del penal fue producto de fuerza ilegítima producto de un uso desproporcionado de la fuerza. Esto, porque en el caso de emergencia justamente se suspende la obligación del Estado de garantizar ciertas garantías bajo determinadas

Protocolo No. 13, que prohíbe la pena de muerte incluso por actos cometidos en tiempo de guerra o peligro inminente de ella (caso que antes se permitía bajo el Protocolo No. 6); cuestión distinta a la del sistema americano, donde solo rige para algunos países, ya que, por ejemplo, Brasil permite aplicar la pena de muerte en caso de guerra, en virtud de lo que establece su propia Constitución en el artículo 46, razón por la cual estableció una reserva a la Convención Americana a este respecto.²⁴¹ Así que tenemos que, ante un mismo derecho, se superponen mecanismos distintos de calificación, ya sea en forma de excepciones, limitaciones o reservas.

El problema que surge, entonces, sería también doble. Al estar atado conceptualmente el carácter absoluto de un derecho con su no-derogabilidad, es decir, que dicho carácter no depende conceptualmente del contenido abstracto del derecho sino de su aplicación en un caso concreto; entonces, no tendríamos en realidad un criterio para saber qué derechos son absolutos antes de que un Tribunal internacional lo establezca e, incluso haciéndolo, los criterios utilizados para hacerlo podrían, y de hecho lo hacen, variar en el tiempo y de un país a otro. Sería raro, entonces, seguir llamado absolutos a estos derechos. Esto, obviamente, también repercute en la idea de una jerarquía de derechos.²⁴²

condiciones, correspondiendo un tipo de análisis del caso, en cambio, si no había estado de emergencia, entonces corresponde valorar el debelamiento del Penal en condiciones constitucionales normales, siendo otro el análisis del caso. Para la Corte, al parecer, determinar la proporcionalidad en el uso de la fuerza a fin de garantizar la seguridad y el orden público es la misma cuestión si se produce en un estado de normalidad constitucional que si se produce en un estado de excepción constitucional. Veremos cómo el Tribunal europeo diferencia estos casos.

²⁴¹ Otro tanto hizo Chile, quien también realizó una reserva mediante el Decreto 252 del Ministerio de RR.EE., publicado con fecha 16 diciembre de 2008, pero al Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, manteniendo vigente la pena de muerte para tiempos de guerra, como establece el artículo 216 del Código de Justicia Militar.

²⁴² Aunque volveremos sobre este punto en la Parte II, adelanto que estoy pensando en el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, ventilando ante la Corte Internacional de Justicia, caso que trató sobre la procedencia de las demandas civiles por daños, como consecuencia de violaciones al derecho internacional humanitario, que ciudadanos italianos interpusieron en tribunales italianos contra el Estado alemán por los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial. En la parte central de dicha sentencia, la Corte concluye que “aun suponiendo que los procedimientos en los tribunales italianos implicaran violaciones de las normas del *ius cogens*, no se ve afectada la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario relativa a la inmunidad de los Estados”. Caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, sentencia de 3 de febrero de 2012. Una de las consecuencias de este fallo, fue establecer que el *ius cogens* no constituye una excepción a la inmunidad de los Estados (véase KOLB, 2015: 36-37), como se defendía por buena parte de los autores previamente a dicho caso. Así, se afirmaba que: “Todas estas consideraciones requieren el reconocimiento de que en el derecho internacional prevalecen las normas imperativas, tales como las normas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, sobre las normas no imperativas de inmunidad. También en el caso de los crímenes internacionales proscritos bajo el *ius cogens*, como los crímenes de lesa humanidad, se debe aceptar que los principios de inmunidad no tienen el carácter de imperativos y el conflicto entre los dos conjuntos de normas debe resolverse teniendo en cuenta el marco de la jerarquía normativa que da primacía a las normas imperativas pertinentes” (ORAKHELASHVILI, 2006: 343). Cabe destacar que en los tribunales de Estados Unidos se había ventilado un caso similar, el que fue desechado aplicando la inmunidad soberana, véase

Así, por ejemplo, hace 30 años, bajo el Convenio no había forma de saber que un país miembro del Consejo de Europa cometía, en el caso de deportar o expulsar a un extranjero que corría el riesgo de recibir tortura u otro trato degradante o inhumano en el país al que se le deportaba o expulsaba, una violación del artículo 3.²⁴³ Veremos cómo este problema tiene que ver con la clase de relación que se establece entre las normas que consagran derechos y libertades y aquellas que establecen limitaciones, derogaciones, excepciones o reservas. Por ello, es más sensato afirmar que las normas imperativas del derecho internacional son difíciles de identificar justamente por ser ellas resistentes a una definición general que no esté atada a un pronunciamiento judicial sobre el carácter de *ius cogens* de una norma particular. Además, como se ha visto, una definición puramente funcional, esto es, basada en sus efectos (la no-derogabilidad), no explica justamente por qué algunas normas de derecho internacional no son derogables.²⁴⁴

Prinz v. Federal Republic of Germany, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, sentencia de 1 de julio de 1994. Para un análisis de esta sentencia, véase REINMANN, 1995.

²⁴³ Me refiero al caso *Soering v. United Kingdom*, aplicación No. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989. Se trata del caso de extradición de Jens Soering, ciudadano alemán que fue detenido en Inglaterra, acusado por un tribunal de Virginia, EE.UU., del asesinato, junto a su novia, de los padres de ésta, delito por el que podría ser condenado a la pena capital por inyección letal. El Tribunal concluyó que la espera en el corredor de la muerte equivalía a un trato degradante e inhumano. En sus conclusiones (§111), señaló que: “teniendo en cuenta el período muy largo de tiempo empleado en el corredor de la muerte [*death row*] en tales condiciones extremas, con la siempre presente y creciente angustia de la espera de la ejecución por la pena de muerte, y las circunstancias personales del solicitante, especialmente su edad y su estado mental en el momento de la infracción, la extradición del demandante a los Estados Unidos lo expondría a un riesgo real de recibir un trato más allá del límite establecido por el artículo 3 (art. 3)”. El Tribunal aplicó el mismo criterio para el caso de que el deportado pudiera sufrir tortura, véase caso *Chahal v. United Kingdom*, aplicación No. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, §80: “La prohibición establecida por el artículo 3 (Art. 3) en contra de los malos tratos es igualmente absoluta en los casos de expulsión. Por lo tanto, siempre que haya motivos sustanciales para creer que una persona se enfrentaría a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3 (art. 3), si es expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de salvaguardarlo a él o ella contra dicho trato queda comprometida en caso de expulsión [...] En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, aunque indeseables o peligrosas, no pueden ser consideradas. La protección otorgada por el artículo 3 (art. 3) es más amplia que la proporcionada por los artículos 32 y 33 de la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados [...]”.

²⁴⁴ Por ejemplo, el caso del derecho a la vida en el sistema europeo (art. 2 del Convenio), es bastante ilustrativo. Originalmente se admitía la derogación en estado de excepción (art. 15(2)), en caso de “muertes resultantes de actos ilícitos de guerra”. Luego el Protocolo No. 6, que abolió la pena de muerte en tiempos de paz, prohibió (en su art. 3) las derogaciones de estas disposiciones en virtud del art. 15 del Convenio. Finalmente, el Protocolo No. 13, terminó aboliendo la pena de muerte en cualquier circunstancia, prohibiendo cualquier derogación (art. 2). Siguiendo el criterio funcional, en este caso, se podría alegar que estamos frente a la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional o *ius cogens*, caso previsto en el artículo 64 de la Convención de Viena, aunque resulta obvio que los efectos del nuevo estatus jurídico de esta norma no se pueden aplicar, vale decir, como señala dicho artículo, que “todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Se podría alegar, entonces, que en realidad no es una norma de *ius cogens*, ya que no sería de aplicación general. Si este es el caso, entonces, el criterio funcional de no-derogabilidad no es un rasgo que permita identificar o capturar la imperatividad de ciertas normas como normas de *ius cogens*. La única otra posibilidad, sería considerarla como norma de *ius cogens* local, cuya existencia, como vimos, es una cuestión polémica, porque conceptualmente termina desdibujando su carácter de imperativa.

Por todo lo anterior, surge la necesidad de utilizar, más bien, un criterio multinivel a la hora de identificar las normas imperativas de derecho internacional: uno que destaque, por una parte, los elementos definitorios de la imperatividad y que permita en términos categóricos identificar las normas de *ius cogens*; y que, por otra, destaque los elementos normativos de la imperatividad y que permita relevar el reconocimiento de esas normas imperativas como *ius cogens* en el derecho internacional.²⁴⁵ En este sentido se ha dicho:

El vínculo con el interés de la comunidad, distinto de los intereses individuales de los Estados, debería ser un factor clave para determinar el carácter perentorio de una norma. Debe preguntarse si una norma tiene por objeto beneficiar a un actor determinado en interés de la comunidad. También hay que preguntarse si sería posible una derogación válida de una norma determinada [...] Estos criterios formales y materiales son tan complementarios como los dos lados de una moneda (ORAKHELASHVILI, 2006: 47).

Así que, no solo la no-derogabilidad es el criterio relevante para identificar cuáles normas son imperativas, sino que también si ellas apuntan al interés de la comunidad internacional, por oposición del interés de los Estados. Sin embargo, se debe destacar que estos criterios son solo coadyuvantes para identificar cuáles derechos humanos son parte del *ius cogens*, ya que finalmente la práctica internacional (lo que las cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales consideran como tal, así como las acciones bilaterales y multilaterales de los Estados en sus relaciones mutuas, consideran o tratan como *ius cogens*), termina siendo el criterio rector. Esto, porque derechos considerados formalmente como derogables bajo ciertas circunstancias, justamente por conflictuar con un interés particular de un Estado, pueden bajo ciertas otras no ser derogables, porque primaría el interés de la comunidad por sobre ese interés particular.²⁴⁶ Así:

Los derechos a la libertad personal, el juicio justo y el debido proceso, la vida privada o familiar, la libertad de expresión y la religión, aunque ‘derogables’ en algunos instrumentos de derechos humanos, ciertamente protegen el interés de la comunidad más allá de los intereses individuales de los Estados y parece dudoso que, del mero hecho de su derogabilidad, en virtud de los tratados de derechos humanos, precluya su naturaleza perentoria (ORAKHELASHVILI, 2006: 58).

²⁴⁵ “El argumento categórico, se centra en la naturaleza básica de las normas perentorias, en los factores que hacen que una norma sea perentoria. El argumento normativo, examina si una norma que califica categóricamente como parte del *ius cogens* es así reconocida por el derecho internacional” (ORAKHELASHVILI, 2006: 36).

²⁴⁶ En este sentido, “el hecho de que ciertos derechos se denoten como no-derogables en virtud de tratados de derechos humanos, puede en algunos casos proporcionar un criterio de partida para aclarar si el derecho dado forma parte del *ius cogens*. La no-derogación de ciertos derechos humanos en virtud de tratados guarda cierta similitud con las normas imperativas, ya que subraya la condición especial de derechos que no pueden ser dejados de lado [*set aside*] ni siquiera en circunstancias que justifiquen la derogación de otros derechos” (ORAKHELASHVILI, 2006: 58).

Finalmente, todas las cuestiones analizadas hasta aquí, son relevantes para la DMA, ya que existe un consenso dogmático de que no cabe Margen de Apreciación respecto de derechos y libertades considerados absolutos (véase ARAI-TAKAHASHI, 2002: 8; GREER, 2000: 26-27; SCHOKKENBROEK, 1998: 33-34; CALLEWERT, 1998: 8-9).²⁴⁷ Más aún, se ha destacado la complejidad de vincular el carácter absoluto de determinados derechos con su no-derogabilidad y, la dependencia de ésta última con el contexto donde emergen las circunstancias que justifican o no su aplicación. A este respecto:

Se puede decir que ciertos derechos en el Convenio son ‘no-absolutos’ pero ‘prácticamente no-derogables’ debido a la improbabilidad de que surjan circunstancias por las que puedan legítimamente suspenderse de conformidad con los requisitos del artículo 15, por ejemplo, el artículo 1 del Protocolo No. 4, que prohíbe privar a las personas de su libertad por incumplimiento de una obligación contractual (GREER, 1997: 45 n. 2).

Teniendo en cuenta lo señalado, entonces, una forma preliminar de aproximarse a una definición del Margen de Apreciación, de forma coherente con la práctica del derecho internacional de los derechos humanos y con la jurisprudencia del Tribunal, guardaría relación inversa con los criterios que permiten identificar las normas imperativas de derecho internacional: la DMA procedería en el caso de normas que establezcan derechos que sean derogables y se justificaría en la apelación a un interés individual del Estado, el que debe ser valorado en el contexto donde surge. En lo sucesivo veremos cómo estos criterios se encuentran en el corazón de la DMA.

²⁴⁷ Como veremos, Legg ha defendido que la DMA cumple un papel en el caso de los derechos considerados absolutos (LEGG, 2012: 210).

6. Lo que se da con una mano se quita con la otra.²⁴⁸

Lo que interesaba destacar de la discusión presentada en la sección anterior, fue que, desde un punto de vista de la práctica del derecho internacional de los derechos humanos, es posible reconocer al menos una distinción *grosso modo* entre derechos absolutos (derechos no-derogables) y derechos no-absolutos (derechos derogables). Reconocer esta distinción, es, a mi juicio, el único sentido plausible de instanciar aquello que Garzón Valdés denominaba coto vedado de los derechos humanos, al que pertenecerían solo los derechos considerados absolutos en el sentido de ser no-derogables.²⁴⁹

Ahora corresponde delinear cuál es la importancia de la distinción, entre derechos absolutos y derechos no-absolutos, para el Convenio y por qué dicha distinción es uno de los elementos textuales, formales o estructurales claves a la hora de determinar la aplicación y magnitud del Margen de Apreciación.

Se ha recalcado que “la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos sujetos a limitaciones es elemental” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 1). Sobre ella se ha dicho también que: “Los derechos humanos derogables son aquellos que pueden ser suspendidos en tiempo de emergencia pública por la declaración de un Estado en virtud de un tratado de derechos humanos y mientras dure la emergencia. Los tratados especifican qué derechos son ‘no-derogables’, el resto se considera derogable” (CONDÉ, 2004: 64).²⁵⁰

²⁴⁸ La expresión es de Greer (GREER, 1997: 42).

²⁴⁹ Sobre la noción de coto vedado, véase GARZÓN VALDÉS, 1989 y 2003. Creo que la conceptualización de los derechos humanos absolutos como derechos no-derogables que apuntan al interés de la comunidad internacional en su conjunto, es la única forma viable de comprender e instanciar los dos aspectos del coto vedado: “la prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar políticamente la realización efectiva de los derechos que intenta proteger” (GARZÓN VALDÉS, 2003: 58). Para Garzón Valdés, esto se logra en el ámbito internacional mediante la norma de no intervención, que permite despolitizar “el ‘coto vedado’ internacional al inmunizarlo frente a posibles decisiones mayoritarias de los organismos de las Naciones Unidas”; principio que, no obstante, admite excepciones, justamente “en el caso de que se produzcan graves violaciones de los derechos humanos. Un caso paradigmático es el de los argumentos aducidos en favor de las llamadas ‘intervenciones humanitarias’” (GARZÓN VALDÉS, 2003: 62).

²⁵⁰ En este sentido, en una famosa sentencia sobre el sentido del artículo 12 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, la Corte Suprema de Canadá señaló que: “El trato o castigo cruel e inusual es tratado como un concepto especial en la Carta. La prohibición es en términos absolutos. No se permite ninguna discreción a ninguna autoridad juzgadora, no se proporciona ninguna excepción a su aplicación. En esto, el art. 12 se diferencia de muchos otros artículos que confieren derechos y beneficios, los que hablan de un tiempo razonable, o sin demora irrazonable o fianza razonable, o sin justa causa. El artículo 12, en sus términos y en su aplicación prevista, es absoluto y sin cualificaciones. Puede decirse que, en el art. 12, la Carta ha creado un derecho absoluto, es decir, el derecho a ser libre o exento de castigos crueles e inusuales”, caso *R. v. Smith* (Edward Dewey), sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 25 de junio de 1987, reporte [1987] 1 SCR 1045, §81.

En el caso del Convenio, el artículo 15 intitulado “Derogación en caso de estado de excepción”, señala en su número 1 que “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

A continuación, en su número 2 señala cuáles derechos quedan excluidos de ser derogados “La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7”. En otras palabras, bajo el sistema del Convenio no se puede derogar el derecho a la vida (recordemos que se debe considerar lo señalado en el Protocolo No. 6 que abolió la pena de muerte en tiempo de paz y el Protocolo No. 13 que lo hizo en toda circunstancia, prohibiendo en su artículo 2 cualquier derogación de esta prohibición); la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y la prohibición de condena sin delito o de pena más gravosa. A ello debe sumársele lo señalado en el Protocolo No. 7, que en su artículo 4 señala que no es derogable el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces.

Como vimos en la sección anterior, la no-derogabilidad formal, mediante una cláusula específica, sería solo un signo del carácter absoluto de los derechos, ya que se debe sumar si acaso el derecho en cuestión mira o no al interés de la comunidad internacional, por oposición al interés de los Estados. Además, finalmente, es la práctica del derecho internacional de los derechos humanos, la que termina siendo el criterio rector sobre qué normas son consideradas *ius cogens*.

La relevancia de esto para el Margen de Apreciación es innegable, pero no solo por lo señalado antes, a saber, la existencia de un consenso dogmático respecto de que no cabe Margen de Apreciación sobre de derechos y libertades considerados absolutos; sino porque esta distinción ayuda a delinear un criterio general de procedencia del Margen de Apreciación: solo en el caso de normas que establezcan derechos que sean derogables (no-absolutos) y que apelen al interés individual del Estado, lo que en todo caso debe ser valorado en el contexto donde surge.²⁵¹

²⁵¹ Como se señaló, se ha intentado cuestionar este consenso, afirmándose que: “Incluso en lo que tradicionalmente se consideran derechos absolutos, es de esperar que el margen de apreciación y proporcionalidad pueda, en determinadas circunstancias, ser pertinente para determinar el alcance de las obligaciones internacionales” (LEGG, 2012: 201). Sin embargo, el mismo autor reconoce que el papel del Margen de Apreciación en el caso de derechos absolutos es más bien discreto. Si bien solo menciona esta cuestión, se concentra en el derecho a la vida y la prohibición de la tortura. Respecto del primero, comentando el caso *McCann v. United Kingdom*, el autor acota que “la deferencia no era observable en el razonamiento de la mayoría, pero una fuerte disidencia (nueve de diecinueve jueces) lo demostró” (LEGG,

¿Cuál es la importancia de este criterio general de procedencia del Margen de Apreciación? Para entenderla, miremos brevemente qué pasa con esta distinción en el derecho interno. Así, en el derecho constitucional moderno, se ha señalado que:

La mayoría de los derechos constitucionales solo gozan de protección parcial. No pueden realizarse en todo su alcance, ya que su limitación puede justificarse. La extensión de su protección es más limitada que su alcance. Estos derechos se denominarán derechos relativos. Los derechos relativos no constituyen el universo entero de los derechos constitucionales. El derecho constitucional moderno introdujo varias excepciones, aunque raras, a la regla de protección parcial, al reconocer una serie de derechos constitucionales como absolutos. Estos derechos no pueden ser limitados. El alcance de su protección o realización es igual a su alcance, ya que su limitación no puede justificarse (BARAK, 2012: 27).

En este sentido, la importancia de este criterio sería que, siguiendo a Barak, en el derecho constitucional moderno, la regla general es que los derechos gozan de una protección parcial, siendo el carácter absoluto más bien excepcional. ¿Ocurre lo mismo en el derecho internacional de los derechos humanos? Vimos antes que esta idea ha sido resistida, atendido el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, lo que se expresa en la búsqueda de una simetría en los estándares de interpretación de derechos humanos y del rechazo a cualquier jerarquía entre ellos.

Por ello, para apreciar mejor esta cuestión, quizás convenga descender un peldaño, localizar conceptualmente la distinción, para luego subir dos, mostrar qué papel puede desempeñar al nivel de los derechos humanos.

La distinción moderna entre derechos absolutos y relativos, que se sustenta en la dependencia conceptual entre derecho y obligación correlativa, proviene de Bentham: “La ley no puede conceder un beneficio a uno sin imponer, al mismo tiempo, una carga sobre otro; o, en otras palabras, no es posible crear un derecho en favor de uno, salvo mediante la creación de una

2012: 207). En este sentido, el caso *Vo v. France*, aplicación No. 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004, §82, puede ser ilustrativo. Allí el Tribunal señaló: “la cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación que el Tribunal considera generalmente que los Estados deben disfrutar en esta esfera, no obstante, una interpretación evolutiva del Convenio”. Pero, en el voto de disidencia, el juez Ress en su punto 8, lo rechaza expresamente: “No puede haber margen de apreciación sobre la cuestión de la aplicabilidad del artículo 2. En mi opinión, existe un margen de apreciación para determinar las medidas que deben adoptarse para cumplir la obligación positiva que surgen porque el artículo 2 es aplicable, pero no es posible restringir la aplicabilidad del artículo 2 por referencia al margen de apreciación. La cuestión de la interpretación o aplicabilidad del artículo 2 (un derecho absoluto) no puede depender del margen de apreciación. Si el artículo 2 es aplicable, cualquier margen de apreciación se limitará a su efecto”. Respecto del segundo, el caso de la prohibición de la tortura, en cambio, “la jurisprudencia del Tribunal es instructiva al dar un margen de apreciación sobre qué tratamiento equivale a torturas o tratos inhumanos y degradantes” (LEGG, 2012: 207). Veremos que la acotación de Legg se debe a que confunde las nociones de excepción con la de limitación, aunque algo ya hemos visto sobre el tratamiento distinto que el Tribunal da a ambas nociones en su jurisprudencia.

obligación correspondiente impuesta a otro” (BENTHAM, 1931: 98). Para él, por ejemplo, esto justifica:

Las limitaciones de los derechos de propiedad o el uso que cada propietario puede hacer de sus propios bienes, para impedir que los emplee para su propio daño o para el de los demás. [...] Un derecho absoluto e ilimitado de propiedad sobre cualquier objeto, sería el derecho de cometer casi todos los delitos. Si yo tuviera tal derecho sobre una rama que he cortado, podría emplearla como un palo para golpear a los transeúntes, o convertirlo en un cetro como signo de la realeza, o en un ídolo ofensivo a la religión nacional (BENTHAM, 1931: 126).²⁵²

Al considerar que los derechos no-absolutos son el estado por defecto de los derechos en un sistema jurídico, Bentham ayuda a construir las bases conceptuales para la distinción entre alcance del derecho y extensión de la protección, quedando claro que, para él, no hay derecho sin obligación correlativa especificada.

Y, ayuda a sentar las bases, ya que, por otra parte, Bentham rechazaba la idea de derechos naturales, lo que le sirvió, a su vez, para sustentar sus críticas a las declaraciones de derechos, lo que se expresa en su conocido *dictum* “Los derechos naturales son simples sinsentidos: derechos naturales e imprescriptibles, tonterías retóricas, sinsentidos sobre zancos” (BENTHAM, 1987: 53).²⁵³ Para él, todos los derechos son derechos legales:

Nómbreme cualquier derecho, nómbreme lo que quiero decir con un derecho, el único tipo que para mí tiene un significado o existencia, nómbreme un derecho legal, ya sea real o posible, un derecho existente en este país o en cualquier otro, un derecho pasado, presente o futuro, y te mostraré por qué y cómo fue hecho. Señalaré cualquier ley que hayan concurrido en su formación. Pero estos derechos naturales de propiedad que se tienen, deben existir antes de que las leyes fueran hechas, existir en los dientes de ellas y existir para siempre, aunque dejen de haber leyes (BENTHAM, 1987: 73).²⁵⁴

Así que, para la concepción de los derechos como derechos legales, que ciertamente Bentham defendió, originalmente todos los derechos son derechos no-absolutos: es el estado por defecto de los derechos en un sistema jurídico. Esto permite comprender por qué, como dice Barak, la protección absoluta de los derechos es excepcional. La consecuencia de esto es que, como regla general, el alcance del derecho y extensión de la protección no coincidan dentro de un sistema jurídico determinado.

²⁵² Esta distinción luego ha sido provechosamente retomada, para bien o para mal, entre otros, por Hart (HART, 1955: 176; 1982: 181-186) y Dworkin (DWORKIN, 2012a: 160-161).

²⁵³ Para un análisis de la posición de Bentham, véase WALDRON, 1987 y MORESO, 2013.

²⁵⁴ Sin embargo, a pesar de su escepticismo, Bentham reconocía el papel funcional que derechos considerados fundamentales o superiores podían desempeñar en un sistema jurídico: “En lugar de derechos, [Bentham] introduce un complicado mecanismo de controles que denomina *securities*: controles destinados a conseguir el cese de las autoridades que abusen de su poder” (MORESO, 2013: 244).

Pero que el alcance de un derecho y la extensión de su protección no estén acompañados, es distinto a sostener que la protección de los derechos esté determinada o no. Aquí quedará claro por qué debíamos descender un peldaño, localizar los orígenes conceptuales de la distinción, para luego subir dos, mostrar qué papel puede desempeñar al nivel de los derechos humanos.

Debíamos hacerlo, porque justamente lo que Bentham veía que había comenzado a cambiar en su época, fue el surgimiento del constitucionalismo moderno, lo que trajo aparejado un cambio en el papel que algunos derechos comenzaron a jugar dentro de un sistema jurídico, a saber, la idea de unos derechos fundamentales. Pero como Bentham había observado, el estatus de esos derechos tiene que poder cambiar el estado por defecto en que se encuentran en un sistema jurídico. En otras palabras, un cambio de estatus de algunos derechos, es decir, elevar su jerarquía, no implica o no desactiva su estado por defecto en un sistema jurídico, a saber, el carácter esencialmente limitado de su protección. Si son derechos, su protección debe estar limitada.

Aquí, debemos reconocer que, a partir de las ideas de Bentham, en realidad, se pueden construir dos tipos de críticas: una dirigida al derecho natural, a saber, que no hay derechos que no sean legales; y una dirigida a los derechos absolutos, esto es, que no hay derechos sin protección limitada. Pero esto muestra justamente por qué estas críticas se pueden trasladar al ámbito de los derechos humanos: porque justamente es en dicho ámbito donde se muestra las tensiones conceptuales que supone reconocer, en principio, derechos que se consideran universales, absolutos, indivisibles y cuya fuerza obligatoria vincula a todos los Estados.

Los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales, al igual que los derechos fundamentales del constitucionalismo, también son fruto de acuerdos incompletamente teorizados, los que son claves para el buen funcionamiento de los sistemas legales, incluyendo el sistema del Convenio. Se basan en ellos, ya que los derechos también “implican los compromisos más profundos y más definitorios de las personas” (SUNSTEIN, 1995: 1734). Y son necesarios, ya que también surgen en un contexto, como el europeo, donde se también debe garantizarse un espacio político “habitabile” (MORESO, 2009: 110), el que solo es posible en un esquema “composable” (STEINER, 1977: 768) o “practicable” (RAWLS, 1993: 298) de derechos y libertades.

Por todo esto, podemos afirmar que en también en el sistema del Convenio la regla general es que los derechos gozan de una protección parcial, siendo el carácter absoluto más bien excepcional.

Hasta aquí, esta cuestión es, al menos a este nivel, independiente del concepto de derechos que manejemos, porque incluso quienes niegan la dependencia conceptual entre derechos y obligación correlativa, deben conceder que, respecto a los derechos legales (como los del Convenio), en

principio, los derechos establecen al menos un deber, el deber general de respetar los derechos, aunque no sepamos exactamente cuál es el contenido exacto o la extensión de dicha protección.²⁵⁵ Esto queda claro en el caso del Convenio, cuyo artículo 1 impone dicha obligación de carácter general de respetar los derechos humanos: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio establece esta obligación general”; la que es independiente del tipo de derecho de que se trate (si es absoluto o no-absoluto) y de las excepciones y derogaciones que pudieran afectarles.

Además, como vimos, no debemos confundir las características materiales de las normas que establecen derechos considerados absolutos, con una posible, aunque meramente hipotética, cualidad de estas normas. En otras palabras, el carácter *erga omnes* de ciertos derechos es solo un efecto de las normas consideradas absolutas.²⁵⁶

Todo lo anterior, debería prevenirnos de caer en lo que Greer denomina “una lectura superficial del Convenio”, una que sugiere que “lo que da con una mano se quita con la otra, ya que la mayoría de los derechos que las Altas Partes Contratantes han aceptado respetar están sujetos a tantas, y a menudo vagas, excepciones, restricciones y calificaciones” (GREER, 1997: 42), las que justamente buscan establecer limitaciones en la extensión de la protección de los derechos y libertades que el Convenio consagra, privándolos de su carácter absoluto. Pero reconocer esto, no significa negar la importancia ni el papel que el Tribunal les asigna.

En suma, deberíamos poder reconocer, *prima facie*, tres criterios para identificar los derechos que poseen un carácter absoluto en el Convenio: (1) Si les afecta o no la cláusula de derogación establecida en el artículo 15; (2) Si ellos atienden al interés de la comunidad internacional en su

²⁵⁵ En la Parte II volveremos sobre esta cuestión, relativa a cuál es la mejor manera de comprender los derechos para dar cabida a la DMA. Aquí solo diré que una *teoría modificada del interés*, por oposición a una la idea de derechos como triunfos, podría ser la más adecuada.

²⁵⁶ Antes se hizo referencia a esta cuestión. El argumento más contundente contra esta postura, es aquel que introduce, como vimos, la distinción entre normas de *ius cogens* de primer y de segundo orden: “En primer lugar, el *ius cogens* presupone la existencia de normas que ordenan o prohíben ciertas acciones, como por ejemplo la guerra agresiva [...] En segundo lugar, el concepto de *ius cogens* presupone la existencia de normas que especifican las consecuencias jurídicas que se derivan de la postulada superioridad del *ius cogens* sobre el derecho internacional ordinario” (LINDERFALK, 2011: 360). Así que, desde este punto de vista, el efecto *erga omnes* no es tal, sino que el concepto de *ius cogens* incluye también las obligaciones que emanan de ellas, la que se aplican contra todos. Sin embargo, esta misma postura reconoce una limitación de esta distinción: “Como se desprende de la manera en que se describen las reglas de *ius cogens* de primer y segundo orden, si se espera que el régimen internacional del *ius cogens* sea eficaz, dichas reglas no pueden ser suficientes. Las reglas de *ius cogens* de primer y segundo orden deben ser acompañadas de una norma que ayude a definir el concepto de *ius cogens* para el propósito general del derecho internacional general. Aquí es donde el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 entra en el cuadro” (LINDERFALK, 2011: 361). Es por ello, que la inclusión de la noción de obligación *erga omnes* en el concepto de *ius cogens*, depende justamente de conferir a la norma del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un estatus que, en principio, no tiene. Y aún si se concede este punto, vimos detalladamente las limitaciones del artículo 53 a la hora de definir dichas normas.

conjunto o solo al interés del Estado; (3) Si poseen una protección definidas o indefinida. En la sección anterior, analizamos los criterios (1) y (2), así que aquí nos concentraremos en el criterio (3), pero antes analizaremos una posible crítica sobre (1) y (2).

Dado que, en la mayoría de los derechos que el Convenio establece, el alcance de un derecho y la extensión de su protección no estén acompasados y que ello se traduce en que la extensión de la protección de los derechos esté, en principio, indeterminada, la pregunta que surge, entonces, es: ¿cómo podemos identificar *prima facie* la extensión de la protección de cualquier derecho o libertad que el Convenio consagra?

Clarificar esta cuestión es relevante, ya que, como vimos, en el fondo, la comprensión de los derechos considerados absolutos en la práctica jurídica que involucra su interpretación y adjudicación, constituye finalmente el criterio rector respecto de su carácter.

Por lo que aquí, interesa saber, más bien, si existe un sustento teórico para considerar la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos, como uno de los criterios textuales, formales o estructurales, que ayudan a determinar la aplicación de la DMA. Porque es obvio que la respuesta no puede provenir solamente de la práctica, de los derechos que el Tribunal ha considerado absolutos en todos los casos que ha conocido, ya que eso nos volvería al punto de partida, a saber, al enfoque casuístico del Margen de Apreciación, del que justamente buscamos escapar.

Por ello, el problema que sí es acuciante enfrentar, es qué significa conceptualmente la conexión entre la noción de derechos humanos absolutos con su no-derogabilidad en caso de emergencias o estados de excepción y su carácter ‘universal’ en el sentido de mirar al interés de la comunidad internacional en su conjunto.²⁵⁷ Esto, porque, en principio, no existe una conexión directa entre imperatividad y universalidad en la aplicación de una norma:

Una norma no es *ius cogens* si y porque se aplica a *todos* los sujetos de un orden jurídico determinado [...] Una norma es *ius cogens* si no permite, *dentro* de un régimen jurídico determinado, que un número limitado de sujetos estipule o adopte entre ellos regímenes jurídicos derogatorios, que sean aplicables por prioridad entre ellos mismos en virtud del principio de *lex specialis*. La esencia de la cuestión es que el mecanismo perentorio mira hacia el *interior* del sistema (y la capacidad o de otra manera para dividir la unidad de un régimen jurídico), no hacia el *exterior* de los sujetos que no son parte de ese sistema” (KOLB, 2015: 99).

Por ello, se han alzado diversas críticas a la conceptualización del carácter absoluto de los derechos con su no-derogabilidad y su universalidad entendida como el interés de la comunidad internacional en su conjunto. Y lo han hecho basado en dos aspectos principales. Primero, basado

²⁵⁷ En la Parte II volveremos sobre el problema filosófico del carácter absoluto de los derechos y su relación la DMA.

en aspectos formales, es decir, como ya se ha dicho, en la falta de un criterio adecuado para identificar el carácter absoluto de un derecho, lo que surge de la manera en que se suele formular estos derechos en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el caso de la prohibición de la tortura, se ha dicho que:

Casi todas las formulaciones canónicas son en forma de prohibiciones no cualificadas y no contienen derechos expresos en absoluto [...] Dado que todas las demás disposiciones pertinentes no incluyen los términos ‘absoluto’, ‘sin excepción alguna en ninguna circunstancia o por ningún motivo’, o cualquier sinónimo o equivalente, no son expresamente absolutos” (GREER, 2015: 11).

Este aspecto formal, repercute en la manera en que se conciben dichos derechos. En primer lugar, “todos los derechos a los que dan lugar están implícitos en lugar de explícitos”, lo que afecta la determinación de su alcance y la extensión de su protección, ya que ambos aspectos del derecho serían una “cuestión de interpretación, elección y atribución, más que la necesidad y la prescripción ineludible prescrita sin problemas por las propias disposiciones pertinentes” (GREER, 2015: 11-12).

En segundo lugar, “cualquier estatus que se atribuya a cualquier derecho implícito requiere razones convincentes”, lo que generalmente queda entregado a las autoridades nacionales, lo que rompe con la lógica de que los derechos absolutos miran al interés la comunidad internacional en su conjunto (GREER, 2015: 12).

En tercer lugar, que del hecho de que los instrumentos contemplen derechos considerados como absolutos, por ser no-derogables y sin cualificación alguna, y, al mismo tiempo, en la misma disposición, contemplen también otros derechos expresamente limitados, “no es concluyente sobre el carácter absoluto de los primeros [...] La falta de limitaciones formales a las prohibiciones en cualquier documento de derechos fundamentales sólo sugiere que los derechos en cuestión no deben estar abiertos al tipo de interferencias legítimas a las que los otros derechos expresamente restringidos se exponen rutinariamente” (GREER, 2015: 12). Este es, por ejemplo, el caso del artículo 4 del Convenio, que establece la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, ya que solo el primer derecho no está cualificado, ni posee excepciones de ningún tipo, ni se le aplica la derogación del artículo 15; en cambio, el segundo derecho contempla excepciones o cualificaciones, art. 4(3), es decir, casos que no se consideran trabajos forzado y es posible su derogación bajo el artículo 15.

La segunda crítica, atañe a cuestiones conceptuales más de fondo. Derechamente que:

Es también un error confundir el carácter absoluto de un derecho con la universalidad y la ‘no derogabilidad’, como lo hacen lamentablemente muchos comentaristas. Todos los

derechos humanos, incluidos los limitados por excepciones expresas, son universales porque, en principio, se aplican a todos en todas partes. Pero esto claramente no significa que prevalecen sobre todos los intereses en competencia en cada caso. Dado que la relación entre un derecho y una excepción debe ser resuelta sobre una base de principios y defendible, el derecho prevalecerá sobre la excepción en algunos casos y viceversa en otros (GREER, 2015: 11-12).

Así que el carácter absoluto de los derechos no tiene que ver con su universalidad, porque esto sería confundir cómo ellos son concebidos *prima facie*, que es de lo que se trataría justamente su universalidad, con cómo se adjudican en un caso concreto, donde el Tribunal debe, generalmente, tomar en consideración otros intereses afectados, lo que apunta a la derrotabilidad de los derechos absolutos bajo ciertas condiciones de aplicación.

Por otra parte, tampoco se debe confundir el carácter absoluto de un derecho con su no-derogabilidad, dado que “la derogación es un proceso formal mediante el cual un Estado notifica al órgano de tratados pertinente, que tiene la intención de suspender un derecho determinado de un tratado en el contexto de una guerra o emergencia pública que amenace la vida de la nación, hasta el punto de lo que estrictamente requieran las exigencias de la situación” (GREER, 2015: 13). Esto determina las diferencias que existen entre los pares derogabilidad / no-absoluto y no-derogabilidad / absoluto:

En primer lugar, la derogación sólo es posible en los estados de guerra o emergencias públicas que amenazan la vida de la nación, mientras que el carácter absoluto y no-absoluto se aplican ostensiblemente en todas las circunstancias. En segundo lugar, el derecho a la vida en virtud del artículo 2 del Convenio, aunque claramente no-absoluto, por ser sometido a varias excepciones explícitas y amplias, no puede ser derogado en virtud del artículo 15, salvo en lo que respecta a las muertes resultantes de actos lícitos de guerra. En tercer lugar, por el contrario, el derecho a un juicio justo, en virtud del artículo 6 del Convenio, es formalmente no cualificado y, por tanto, supuestamente ‘absoluto’, pero derogable. En cuarto lugar, no puede excluirse la posibilidad de que los derechos ‘no derogables’ puedan entrar en conflicto entre sí. Y si lo hicieran, su condición de ‘no derogable’ no resolvería el conflicto de manera más efectiva, ya que los conflictos entre instancias competidoras del mismo ‘derecho absoluto’ pueden ser resueltos simplemente invocando su estatus ‘absoluto’” (GREER, 2015: 13).

Estas críticas, muestran la importancia de desarrollar criterios textuales, formales y estructurales, que ayuden a clarificar la relación existente entre no-derogación y el carácter absoluto de ciertos derechos. Pero ello no solo es importante, sino que constituye un imperativo, ya que buena parte de las críticas analizadas, excepto la idea de universalidad, cuya importancia me lleva a analizarla separadamente en la Parte II, se basan en la falta de claridad de los conceptos y categorías jurídicas que se invocan como rasgos definitorios de las normas de carácter absoluto.

Todo esto reafirma la importancia de adoptar un enfoque descriptivo de los derechos, uno que releve dichos aspectos textuales, formales y estructurales del sistema del Convenio, con el fin de clarificar la práctica de la DMA y su papel en el proceso de adjudicación de los derechos del

Convenio que realiza el Tribunal. Por ello, este enfoque contrasta con el denominado enfoque prescriptivo de los derechos:

Si nuestra exposición sobre los derechos fuera meramente descriptiva, no tendríamos necesidad de establecer la distinción entre cobertura y protección. Podríamos simplemente describir los límites del derecho existente, incorporando dentro de esa descripción todas las excepciones y cualificaciones existentes. Pero en realidad también hablamos de derechos en un sentido prescriptivo. Describimos como un derecho existente lo que *debería* ser reconocido y aplicado en el futuro. Si fuéramos omniscientes podríamos definir, de una vez por todas, un derecho preciso en su alcance, pero absoluto en fuerza, construyendo en su límite definido todas las excepciones y cualificaciones relevantes. La dificultad es que simplemente no sabemos cuáles podrían ser todas las excepciones y calificaciones. A falta de omnisciencia, en el mejor de los casos podemos predecir imperfectamente el futuro. Los derechos cuya forma incorpora todas las excepciones y calificaciones actualmente previstas serían herramientas extremadamente inflexibles para hacer frente a las incertidumbres de las experiencias (SCHAUER, 1981: 229).

Dado que el enfoque que defiendo sobre la DMA es eminentemente teórico-práctico, mi interés aquí es tratar de comprender qué es la DMA en la práctica del Tribunal, y, dado que el propio Tribunal ha señalado y se ha valido de ciertos criterios textuales, formales y estructurales del Convenio, no me queda sino tratar de comprender de qué manera dichos criterios ayudan a comprender la práctica. Si esto violenta tal o cual teoría, mal por la teoría.

Así que el enfoque anti-descriptivo de los derechos no tiene cabida aquí, porque por sí solo es insuficiente para capturar la práctica, en la medida de que los elementos textuales, formales y estructurales que he presentado, no sean, como he defendido, condiciones necesarias y suficientes para la interpretación y adjudicación que sobre ellos realiza el Tribunal, sino que son elementos coadyuvantes en ese proceso, a los que ineludiblemente se debe atender, toda vez que justamente su desatención, a pesar de la importancia que el propio Tribunal les ha asignado, es la causante de buena parte de los problemas que se le achacan a la DMA.

Por ello, las críticas, ausencia de criterios formales y falta de definición de conceptos y categorías jurídicas utilizadas para identificar derechos absolutos (derogación, limitación y excepción), son bastante poderosas, en la medida en que no se clarifiquen dichos aspectos formales y los conceptos y categorías jurídicas aludidas y se muestre el papel que ha tenido en la práctica. Aquí me referiré solo a la primera crítica, para, en la sección siguiente, abordar la segunda.

Respecto de la ausencia de criterios formales, se ha venido sosteniendo que la forma de redacción, la formulación, de las disposiciones que consagran derechos, sí pueden prestar una guía al respecto. En otras palabras, la propia fraseología del Convenio puede ser de ayuda en su interpretación, a fin de contribuir a identificar los derechos que poseen el carácter absoluto. En este sentido, se ha dicho que:

Al examinar los treinta artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se observan dos conjuntos diferentes de formulaciones empleadas por los redactores: ‘Todo el mundo tiene derecho a...’ y ‘Nadie debe ser...’. La primera formulación identifica algunas *cosas* abstractas a las que todos tienen derecho: libertad, vida, igualdad, libertad de religión, libertad de asociación, etc. La segunda formulación difiere por la identificación de alguna *acción* que está prohibida: una orden judicial contra un acto, una obligación de no realizar un acto determinado. La diferencia es significativa [...] Las mismas dos formulaciones son empleadas por el Convenio, con los mandamientos negativos desplegados con respecto a *privar* intencionalmente a otro de la vida, *practicar* la tortura, los tratos o penas inhumanas o degradantes; *mantener* a otro en la esclavitud o la servidumbre, *someter* a otros a trabajo forzoso u obligatorio, y *encontrar* culpable a otro de un delito retroactivo o *imponer* una pena penal retroactiva (WEBBER, 2016: 2).

Así que, es posible que, en la formulación de los derechos consagrados en el Convenio, podamos encontrar algunos elementos adicionales que ayuden a identificar los derechos considerados absolutos, más allá de (1), si les afecta o no la cláusula de derogación establecida en el artículo 15; y (2), si ellos atienden al interés de la comunidad internacional en su conjunto o solo al interés del Estado. Una que tenga que ver justamente con (3), es decir, si poseen una protección definidas o indefinida. En este sentido, una de las diferencias de formulación de los derechos absolutos con los derechos no-absolutos sería que, en el caso de los primeros, el Convenio define *acciones* prohibidas, en cambio, en los segundos, se identifican *cosas* abstractas a las que todos tienen derecho.²⁵⁸

Cabe reiterar que, en el caso del Convenio, queda bastante clara esta diferencia de formulación. Así, en el caso de los derechos considerados absolutos, la formulación es invariablemente la misma: Por ejemplo, el artículo 2 “Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente [...]”; el artículo 3 “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos degradantes”; y el

²⁵⁸ Aquí, se vincula el carácter absoluto de los derechos, la imperatividad en el derecho internacional de normas que establecen ciertos derechos, con la forma en que se establece su protección. Esto es relevante, porque se ha venido sosteniendo que justamente es en la extensión de la protección, debido a su carácter relacional, donde se aprecia de mejor manera dicho carácter absoluto. Así que los aspectos formales que menciono a continuación, no son por sí mismos suficientes para detectar el carácter absoluto de un derecho, sino están conectados con este enfoque que trata de relevar la importancia del carácter relacional de los derechos humanos. A este respecto se ha dicho que: “Solo las relaciones interpersonales captan el estatus perentorio y concluyente de los derechos en buena parte del pensamiento moral, político y jurídico. Cuando se enmarcan como relaciones de derechos, en vez de como intereses o el bienestar de una persona, los derechos se sitúan en una comunidad de personas. Esta comprensión de los derechos reconoce que ‘mi derecho impone algo en tí. Mi exigencia corresponde a tu deber. Pero, porque no estoy solo en el ejercicio de este derecho, también puedo apreciar que mi derecho es también tu derecho; mi exigencia, tu exigencia; tu deber, es mi deber’. Al concebir un derecho como relacional y verdadero, no sólo para mí sino para usted y para otros como nosotros (acusado, detenido, encarcelado, empleado, padre, hijo, ciudadano, humano), el derecho da expresión a la igualdad fundamental de las personas y a la empresa conjunta de vivir en comunidad. Es una concepción de derechos que afirma que, si bien los intereses y los aspectos del bienestar son premisas derrotables en las evaluaciones de lo que debería ser, los derechos son más: son concluyentes, determinantes y dignos de la condición que se les otorga cuando se contempla como derechos relacionales entre las personas” (WEBBER, 2016: 14). Volveremos sobre este asunto, relativo al concepto de derechos humanos que mejor permita justificar la DMA, en la Parte II.

artículo 4 “Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”. Aquí estamos frente a acciones prohibidas.

En contraste, en el caso de los derechos considerados no-absolutos, como los artículos 8-11 del Convenio, están redactados de la siguiente manera: Artículo 8 “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]”; artículo 9 “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”; artículo 10 “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”; y artículo 11 “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación”. Aquí, en cambio, estamos frente a derechos sobre cosas abstractas.

Esta forma de adopción distinta, sugiere un elemento adicional, que ayuda a distinguir entre ambos tipos de derechos: que existe una diferencia *prima facie* respecto del establecimiento del ámbito de protección que el derecho posee. En el caso de los derechos absolutos, dicho ámbito de protección estaría determinado, y, en cambio, en el caso de los derechos no-absolutos, estaría indeterminado.²⁵⁹

En otras palabras, en la formulación de los derechos absolutos, los redactores del Convenio quisieron hacer explícito cuál es el deber u obligación correlativa especial que el derecho establece, el que es distinto del, como vimos, deber general de respetar los derechos contemplado en el artículo 1.²⁶⁰

Esto tiene una gran importancia en la manera en que el Tribunal realiza la interpretación de los derechos, ya que determina sobre qué es el desacuerdo jurídico que el Tribunal debe adjudicar. En el caso de los derechos absolutos, el problema central es un problema de calificación jurídica de hechos, es decir, si tal o cual acción u omisión del Estado viola las prohibiciones absolutas pre-establecidas en el Convenio: si dichas acciones u omisiones constituyen una privación intencional de la vida de una persona, o un acto de tortura o esclavitud. El desacuerdo jurídico es principalmente semántico, ya que la protección que el derecho supone ya viene determinada:

²⁵⁹ Ya señalé mi oposición a la tesis anti-descriptiva de los derechos, la que por sí sola sería inútil aquí. Por ejemplo, aquí podrían tratar de introducir una distinción entre cobertura y protección de un derecho (véase SCHAUER, 1981: 228-229).

²⁶⁰ Hay una diferencia en los textos oficiales, que el Tribunal varias veces ha hecho notar (por ejemplo, en el caso *Soering v. United Kingdom*, aplicación 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, §86). En su versión en inglés, el artículo 1 del Convenio usa la expresión ‘The High Contracting Parties shall secure to everyone’. En cambio, en su versión en francés, utiliza ‘Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne’. Así que en castellano se debe tomar como sinónimos, a efectos del Convenio, ‘asegurar’ y ‘reconocer’ derechos.

consiste en una prohibición absoluta.²⁶¹ Esto, como vimos, es justamente lo que el Tribunal ha dicho en los casos *McCann*; *Soering*; *Gäfgen*; *Chahal*; y *Selmouni*.²⁶²

Además, es la razón de por qué en el caso de los derechos absolutos, el Tribunal también los ha denominado indistintamente como prohibiciones absolutas, ya que:

En su conjunto, las dos expresiones [derechos absolutos y prohibiciones absolutas] indican a qué se tiene derecho: un derecho correlativo al deber de inacción de otro, el *deber* de no realizar ciertos actos [...] Esta correlación explícita de derecho y deber destaca quién es el titular del derecho (todo el mundo) y lo que el derecho requiere (un deber de inacción). En la formulación está implícita quién es el obligado: todos (incluyendo especialmente a aquellos con autoridad *de jure* para castigar y *de facto* para torturar) (WEBBER, 2016: 3).

En contraste, en el caso de los derechos no-absolutos, como los artículos 8-11, no sabemos anticipada o exactamente cuál es el contenido o la extensión de la protección que el derecho establece. En realidad, el Tribunal construye, o revisa lo antedicho en casos similares, la extensión de la protección que el derecho posee en cada aplicación. Esto se ve reflejado y, a su vez, explica por qué en el análisis de admisibilidad (el art. 35 del Convenio establece las condiciones de

²⁶¹ Me refiero, a problemas de indeterminación semántica, *v.gr.*, lagunas de reconocimiento. Véase ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 54-56 y MORESO y VILAJOSANA, 2004: 110-111.

²⁶² Caso *McCann and others v. United Kingdom*, aplicación No. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, §161: “El Tribunal se limita a señalar, al igual que la Comisión, que una prohibición jurídica general de privar arbitrariamente de la vida, por parte de los agentes del Estado, sería, en la práctica, ineficaz si no existiera un procedimiento para revisar la legalidad del uso de la fuerza letal por autoridades estatales. La obligación de proteger el derecho a la vida en virtud de esta disposición (artículo 2), leída conjuntamente con el deber general del Estado en virtud del artículo 1 (artículo 2+1) del Convenio [...]”. Caso *Soering v. United Kingdom*, aplicación 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, §88: “El artículo 3 no prevé excepciones y no se permite ninguna derogación permisible de él, bajo el artículo 15, en tiempo de guerra u otra emergencia nacional. Esta prohibición absoluta de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes en los términos de la Convención [...]”. Caso *Gäfgen v. Germany*, aplicación No. 22978/05, sentencia de 1 de junio de 2010 (rectificada 3 de junio de 2010), §87: “El Tribunal ha confirmado que, incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, cualquiera que sea el comportamiento de la persona afectada”. Caso *Chahal v. United Kingdom*, aplicación No. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, §79: “El artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de la sociedad democrática [...] La Corte es consciente de las inmensas dificultades con que tropiezan los Estados en los tiempos modernos para proteger a sus comunidades de la violencia terrorista. Sin embargo, incluso en estas circunstancias, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta de la víctima. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas de la Convención y de los Protocolos Nos. 1 y 4, el artículo 3 no prevé excepciones y no se admite ninguna derogación basada en el artículo 15. Incluso en el caso de una emergencia pública que amenace la vida de la nación [...]”. Caso *Selmouni v. France*, aplicación No. 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999, §95: “El Tribunal reitera que el artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas del Convenio y de los Protocolos No. 1 y 4, el artículo 3 no prevé excepciones y no es admisible ninguna derogación bajo el artículo 15 § 2, incluso en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación [...]”.

admisibilidad), el propio Tribunal se autoimpone el deber de revisar informalmente el fondo del asunto, buscando elucidar si la aplicación carece manifiestamente de fundamento, frente a una ausencia manifiesta o evidente de violación de las obligaciones que impone el Convenio, cuando no exista ninguna apariencia de arbitrariedad o de inequidad (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §390-391) o ninguna apariencia de desproporción entre los fines y los medios (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §392-397).

Esta última cuestión, se aplica solo para el caso de los derechos no-absolutos.²⁶³ Señalando luego que entre estos derechos destacan lo de los artículos 8-11, los que poseen la misma estructura,²⁶⁴ razón por la cual, todos los artículos que compartan dicha estructura caen dentro de esta categoría de derechos.²⁶⁵ Por lo tanto, corresponde al Tribunal aplicar justamente, y de manera informal, el test de tres pasos (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §394), el que justamente busca determinar la extensión de la protección del derecho.

Si la extensión de la protección de los derechos estuviera determinada, entonces no tendría sentido que el Tribunal aplicara el test de tres pasos de manera informal en el examen de admisibilidad. *A fortiori*, es la razón de por qué, como vimos, aceptada que sea la tramitación de la demanda, cada vez que el Tribunal debe interpretar dichos artículos, que establecen derechos no-absolutos con una cláusula de limitación explícita, se autoimpone la utilización del test de tres pasos, cuya finalidad principal es, justamente, determinar si tal o cual medida de interferencia es legítima o no, declarando, correlativamente, que el Estado ha cumplido o violado sus obligaciones con el Convenio. Por ello, la propia *Guía práctica de admisibilidad*, reconoce que:

Sólo en el caso de una respuesta afirmativa a cada una de las tres cuestiones, la injerencia es considerada conforme al Convenio, mientras que una respuesta negativa entraña la constatación de una violación. Al examinar la última de las tres cuestiones, el Tribunal debe tener en cuenta el margen de apreciación del que dispone el Estado, cuyo alcance varía sensiblemente según las circunstancias, la naturaleza del derecho protegido por la ley y el carácter de la injerencia (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §395).

²⁶³ “Cuando el derecho invocado según el Convenio no es absoluto y se presta a limitaciones explícitas (expresamente referidas en el Convenio) o implícitas (definidas por la jurisprudencia del Tribunal), el Tribunal a menudo debe analizar la proporcionalidad de la injerencia denunciada” (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §392).

²⁶⁴ “Todos estos artículos tienen la misma estructura: el párrafo 1 enuncia el derecho fundamental en cuestión, mientras que el párrafo 2 prevé las condiciones en las que el Estado puede restringir el ejercicio de ese derecho. Los textos de estos segundos párrafos no son totalmente idénticos, pero poseen la misma estructura” (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §393).

²⁶⁵ “El artículo 2 del Protocolo No. 4 (libertad de circulación) pertenece también a esta categoría de disposiciones, porque su párrafo 3 está redactado con la misma estructura” (CONSEJO DE EUROPA, 2014: §393).

Con esto, no solo queda claro que (3), que los derechos poseen una protección definida o indefinida, constituye uno de los elementos adicionales que ayuden a identificar los derechos considerados absolutos, sino que, además, que dicha distinción es uno de los los elementos textuales, estructurales o formales que inciden en la interpretación del Convenio en general, y en el Margen de Apreciación, en particular, los que incluso son considerados por el Tribunal en la etapa de admisibilidad.

Pero una de las cuestiones que hasta aquí no se han clarificado, es qué se entiende en el sistema del Convenio por derogación, por qué ella es distinta de las limitaciones que analizamos antes y de otras normas alterativas presentes en el Convenio. En suma, cuáles son las relaciones que se pueden establecer entre esas normas alterativas y los derechos consagrados en el Convenio. En lo sucesivo, abordaré estas cuestiones.

7. Reservas, excepciones, derogaciones y limitaciones a derechos.

Vimos que, ante la existencia de la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos, debemos evitar caer en una lectura superficial del Convenio, una que afirme que, dada la abundancia y vaguedad de excepciones, restricciones y calificaciones que el Convenio contempla para los derechos y libertades que consagra, se esté privando de efectividad en la protección de esos derechos, que es lo que justamente el Convenio busca garantizar. Pero, al mismo tiempo, sugerí que, para evitar caer en dicha lectura superficial, no se debe desatender la importancia y el papel que el Tribunal le asigna a dichas excepciones, restricciones y calificaciones que el Convenio contemplaría, como sí haría el enfoque anti-descriptivo de los derechos.

Así que, no es baladí determinar con claridad cuáles son esas excepciones, restricciones y calificaciones que el Convenio contempla. Este asunto no solo es importante porque ayuda a clarificar varios aspectos de la interpretación de los derechos que el Tribunal despliega en su proceso de adjudicación, sino que constituye el segundo elemento textual, formal o estructural clave a la hora de determinar la aplicación y magnitud del Margen de Apreciación. Además, como vimos, servirá para delinear, con mayor claridad, la distinción entre derechos absolutos y derechos no-absolutos, que fue el primer elemento que analizamos.

Por un asunto expositivo, preferiré denominar ‘normas alterativas’, al conjunto de estas excepciones, restricciones y calificaciones que el Convenio contempla.²⁶⁶ Como vimos, existen otras etiquetas que se han propuesto para englobarlas, como ‘cláusula de acomodación’ (O’DONNELL, 1982: 477), ‘sistema de restricciones’ (VAN DIJK *et al.*, 2006: 333) o ‘cláusulas de escape’ (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 7). Sin embargo, prefiero usar la etiqueta ‘normas alterativas’, que me parece más precisa, porque releva claramente de lo que se trata: de la relación que existe entre normas, unas que establecen derechos y otras que las alteran. Asimismo, la etiqueta no evoca o sugiere ningún tipo de actividad que afecte o menoscabe los derechos, lo que desfavorece la lectura superficial a la que hice referencia antes.

Lo anterior es relevante, porque gran parte de la confusión sobre estas normas alterativas, tiene que ver con la incapacidad que ha exhibido, buena parte de la dogmática, en distinguir dichas normas alterativas, o presentarlas en forma sistemática, buscando relevar las relaciones que entre ellas se pueden establecer. Aquí me concentraré en cuatro, que son, con ventaja, las más

²⁶⁶ Quiero dejar abierta la puerta a la posibilidad que se describan o incorporen otro tipo de normas que pertenezcan a esta categoría, ya que mi afán aquí es menos exegético y más especulativo.

importantes: reservas, excepciones, derogaciones y limitaciones. De esta manera, reputados estudiosos del sistema del Convenio, que han hecho valiosos aportes en su comprensión y en la del Margen de Apreciación, han confundido estas categorías. Así, por ejemplo, Greer señala que:

Una amplia gama de restricciones específicas, o ‘fines legítimos’, de interés público y privado se adjuntan a los artículos 8 a 11 del Convenio. Son éstas las que este estudio examinará. Existe una relación compleja entre los derechos del Convenio, los tipos de interferencia y las excepciones en discusión. Algunas de las limitaciones se aplican a cada uno de los derechos en cuestión, pero otros sólo se adhieren a una sola disposición. Incluso excepciones similares no siempre aparecen exactamente en la misma forma en diferentes artículos del Convenio y aunque algunas de estas diferencias son incidentales, otras son sutiles pero significativas (GREER, 1997: 6).

Greer identifica correctamente que uno de los problemas que exhiben las normas alterativas de derechos, que el Convenio establece, es la falta de clarificación de la relación existente entre ellas; pero se equivoca al confundir limitaciones con restricciones, o al menos, utilizar ambos términos como sinónimos intercambiables. Este sería, entonces, un caso de confusión de categorías de normas.

Otro ejemplo es Van Dijk y Van Hoof, quienes clasifican las derogaciones como restricciones generales, que son “aplicables a todos los derechos substantivos bajo los artículos 2-14 del Convenio y bajo los Protocolos [...] cualificaciones sobre derechos individuales como las contempladas bajo el artículo 15, 17-18” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 333), acotando que “esta autorización general para las derogaciones es adicional a las cláusulas especiales de restricción incorporadas en algunos artículos del Convenio y en las cuales la ‘seguridad nacional’ y el ‘orden público’ son también mencionadas como fundamento de tales restricciones” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 1054).²⁶⁷ Es decir, distingue derogaciones de limitaciones con cláusula explícita e implícita, pero confunde las relaciones existentes entre ambas: todas ellas serían formas de restricción de derechos. Este sería, entonces, un caso de confusión de las relaciones existentes entre las categorías de normas.

Si bien, como vimos, históricamente la DMA surgió en el seno de la Comisión a la hora de evaluar la aplicación de la cláusula de derogación en estado de excepción, contemplada en el artículo 15 del Convenio, conviene distinguir conceptualmente el caso de la derogación con el caso de las limitaciones.²⁶⁸ Sin embargo, hay autores que las confunden. Así, se ha dicho que “las derogaciones pueden ser vistas correctamente como parte de una red de limitaciones sobre los

²⁶⁷ En este sentido, ellas comparten la misma categoría que las “cláusulas de limitación adjuntas a los artículos 8-11 del Convenio”, las limitaciones por delimitación y las limitaciones implícitas (VAN DIJK *et al.*, 2006: 333).

²⁶⁸ Ya señalé antes las razones para, en el contexto del Convenio, preferir el uso de ‘derogación’ para referirse al mecanismo de suspensión de derechos en caso de estado de excepción, que se encuentra contenido en el artículo 15.

derechos garantizados”, lo que lleva a distinguir entre “derogaciones *strictu sensu* y derogaciones por *orden público* ‘clawback’. En la primera categoría se encuentra el artículo 15 del Convenio; en la segunda categoría, se encuentran los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio y el artículo 2 (3) del Protocolo No. 4” (HIGGINS, 1978: 288).

Esta confusión de categorías no solo tiene razones estrictamente teóricas, es decir, de falta de claridad conceptual respecto de qué significan cada una de ellas, sino que también históricas. Es quizás una de los aspectos negativos heredados de la historia de la redacción del Convenio, en las discusiones realizadas por las delegaciones. Por ejemplo, se ha destacado que la conveniencia de incluir una cláusula de derogación en el Convenio, fue impulsada por la delegación de Reino Unido, propuesta que inicialmente fue rechazada, por algunas delegaciones y por la Comisión de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, como queda de manifiesto en los *travaux préparatoires* del Convenio.²⁶⁹

Finalmente, se terminó aceptando dicha cláusula de derogación, ya que se previó que circunstancias extraordinarias, como la guerra, podrían amenazar la continuidad del Estado y la seguridad de las personas, y que, de esta manera, “se podría tener un régimen legal estricto y detallado para las derogaciones permisibles en los estados de emergencias, a fin de prevenir abusos de los Estados” (ORAÁ, 1992: 8-9). Esto muestra que, desde sus inicios, ya se había sugerido un confuso vínculo entre las derogaciones y las limitaciones, quizás, como veremos, por el parecido funcional que ellas exhiben.

De cualquier manera, el sustento lógico de la confusión conceptual es obvio: la búsqueda de la unidad y de la síntesis. Además, esta confusión es útil en el caso del Margen de Apreciación, ya que es más elegante y coherente entender que la DMA es utilizada por el Tribunal cuando se trata de la aplicación de una sola categoría jurídica, a saber, o la de las derogaciones, o bien, la de las limitaciones, que son, como vimos, los casos más claros donde se ha aplicación del Margen de Apreciación. Sin embargo, esta indiferenciación tiene problemas, ya que conceptualmente una limitación es distinta de una derogación. Se han aducido, al menos, tres diferencias principales entre derogaciones y limitaciones:

²⁶⁹ Como veremos, primero se adoptó una cláusula de limitación general por la Asamblea Consultiva, con fecha 30 de agosto de 1949 (véase, CONSEJO DE EUROPA, 1975: 178); luego en la sesión del Comité de Expertos de fecha 6 de marzo de 1950, se decidió cambiar en la forma actual, pero con otro articulado (véase CONSEJO DE EUROPA, 1976: 280-294). Sobre esto se ha dicho que: “La principal razón para oponerse a la cláusula de derogación, fue que algunas delegaciones consideraron que una cláusula general de limitación, o varias cláusulas de limitaciones en artículos específicos, podrían hacer el trabajo de la cláusula de derogación” (ORAÁ, 1992: 9).

i) *En cuanto a la situación que justifica la aplicación de la cláusula de que se trata*, “las cláusulas de limitación autorizan limitaciones sobre derechos humanos basadas en diversos motivos (orden público, seguridad nacional, salud pública y moral), en lo que ha sido llamado ‘situaciones normales’ o en tiempos de paz, en otras palabras, para la aplicación en la vida cotidiana de los Estados [...] por otra parte, las cláusulas de derogación operan en situaciones excepcionales, esto es, en emergencias públicas que amenacen la vida de la nación”; ii) *En cuanto al alcance de los derechos de que se trate*, “las cláusulas de limitación solo afectan derechos específicos, mientras que la aplicación de la cláusula de derogación puede afectar todos los derechos contenidos en el tratado, excepto aquellos formulados expresamente como no-derogables”; iii) *En cuanto a la rendición de cuentas [accountability] de que se trata*, “la operación de las cláusulas de limitación no requiere de ninguna declaración especial por parte del Estado; mientras que la operación de la cláusula de la derogación requiere de la notificación a los otros Estados partes de la proclamación de la emergencia, de las disposiciones derogadas y de las razones que la justifican” (ORAÁ, 1992: 9-10).

Para esta postura, existirían criterios para distinguir las limitaciones de las derogaciones, basados en el contraste conceptual, los que serían: carácter de las circunstancias (situaciones normales / excepcionales); alcance (derechos específicos / todos los derechos excepto los no-derogables); y declaración especial (no requieren notificación a los demás Estados / requieren notificación).

Por otra parte, se ha tratado de definir cada una de estas categorías de normas alterativas en términos coextensivos. Así sobre las derogaciones se ha dicho que ella es una “instancia de la teoría de las ‘circunstancias excepcionales’, también referida en el derecho internacional público como la ‘teoría del estado de necesidad’” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 8), lo que releva su carácter excepcional. Esto vincula la noción de derogación con la de excepción, “la que presupone la noción de regla”. Por esta razón, se debe distinguir dos tipos de excepciones: “Excepciones ocasionales (donde hacemos una excepción a la regla) y excepciones perdurables (donde indicamos excepciones a la regla) [...] es importante no confundir entre las categorías de excepciones que constituyen derogaciones, es decir, medidas provisionales tomadas en vista a circunstancias excepcionales, y excepciones que son permanentes” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 11).

En este sentido, la noción de derogación sería coextensiva con la de excepción. Por ello, es menester averiguar, a su vez, qué sería una excepción: “En contraste con las derogaciones, las excepciones son permanentes y están sujetas a un control estricto del Tribunal. Las excepciones están de hecho definidas con suficiente precisión, así que eso permite llevar a cabo un verdadero control de ‘conformidad’, exigiendo que la práctica coincida con el texto de la referencia sin que

se permita sistemáticamente un margen de apreciación nacional” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 11).

Así que, para esta postura, la derogación sería una excepción temporal a las normas que establecen derechos, listadas en el artículo 15 del Convenio. Por el contrario, las excepciones que establecería el Convenio serían permanentes y no cabrían en su aplicación la DMA. Este sería el caso de los artículos 5 que, según la jurisprudencia del Tribunal, no se aplicaría a todas las privaciones de libertad, ya que “de forma permanente legitima privaciones de libertad que no se relacionan con la ley penal [...] como las medidas policías y de seguridad que autorizan el confinamiento o detención de personas que no han cometido ningún crimen” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 11), como por ejemplo, personas que padezcan enfermedades contagiosas o vagabundos, donde el Tribunal se reserva un grado de control o escrutinio sobre ellas bastante estricto.

Finalmente, las limitaciones, o restricciones, “aunque permanentes, como las excepciones, las restricciones son similares a las derogaciones en que el control del Tribunal es más limitado en su alcance: es un control de ‘compatibilidad’ que implica el reconocimiento de un margen de apreciación nacional. El control es más complejo para las restricciones que para las excepciones y, de hecho, es más cercano al de las derogaciones” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 12).

Para esta postura, en suma, las normas alterativas, derogaciones, excepciones y limitaciones, que el Convenio establece serían coextensivas, pudiendo reconocerse dos criterios para identificarlas: temporalidad (permanentes o transitorias); e intensidad del control del Tribunal (conformidad o compatibilidad con el Convenio). Las dos categorías que contrastarían fuertemente serían las excepciones y las derogaciones, siendo las limitaciones una categoría normativa intermedia, que compartiría elementos de ambas.

Respecto de las reservas, el panorama es más complicado. El artículo 57 del Convenio autoriza a los Estados a realizar “en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición”, quedando prohibidas las reservas con carácter general.

El problema con las reservas no es tanto su conceptualización, como en el caso de las derogaciones, excepciones y limitaciones, ya que el derecho internacional se ha preocupado de definir qué se entiende por reserva: “El propósito de la reserva debe ser excluir o modificar los

efectos jurídicos de ciertas disposiciones” (RUDA, 1975: 106).²⁷⁰ El problema es, más bien, si es posible realizar una reserva en un tratado de derechos humanos, como el Convenio. Esto, en virtud de las propias excepciones que establece la Convención de Viena a la posibilidad de realizar reservas, en la letra c) de su artículo 19.²⁷¹ Sobre esto se ha dicho que: “la posibilidad de que los Estados contratantes realicen reservas parecería estar en desacuerdo con la presunción de universalidad de los derechos humanos” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 1102), lo que obviamente estaría en oposición al objeto y fin del Convenio *qua* tratado de derechos humanos.²⁷²

El enfoque del Tribunal sobre este asunto, ha sido controvertido. En primer lugar, desde los casos *Belilos* y *Weber*,²⁷³ se ha configurado el denominado ‘enfoque de Estrasburgo’,²⁷⁴ la opinión según la cual “el Estado que formula reservas inválidas debe estar vinculado por las obligaciones del acuerdo más allá de los límites previstos en esas reservas” (BARATTA, 2000: 414),²⁷⁵ lo que entraña una alternación de las reglas del derecho internacional al respecto.²⁷⁶ En segundo lugar, y

²⁷⁰ Para una historia de la definición de reserva, antes y después de la Convención de Viena, véase LIJNZAAD, 1994: 29-36. Como señala la letra d) del artículo 2 de la Convención de Viena: “Se 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”. Es discutido en la doctrina si la reserva es un acto unilateral o bilateral (véase RUDA, 1975: 103-108).

²⁷¹ El que reza: “Que, en los casos no previstos en los apartados a y b [prohibida por el tratado o reservas específicas prohibidas], la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

²⁷² Se ha dicho, adicionalmente, que al realizar una reserva “el Estado de que se trata excluye o modifica sus obligaciones bajo ese tratado en particular, con la consecuencia de aceptar que el estándar de derechos humanos no es de una intensidad o nivel común [...] e irreconciliable con el carácter y contenido de las obligaciones de derechos humanos como un estándar mínimo” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 1102).

²⁷³ Casos *Belilos v. Switzerland*, aplicación No. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988; *Weber v. Switzerland*, aplicación No. 11034/84, sentencia de 22 de mayo de 1990.

²⁷⁴ Para una crítica que cuestiona la existencia de este enfoque, véase ÁKERMARK, 1999: 502-507.

²⁷⁵ A este respecto el Tribunal ha señalado: “la declaración de que se trata no satisface dos de los requisitos del artículo 64 del Convenio, por lo que debe considerarse que es inválida. Al mismo tiempo, es indudable que Suiza se considera, y se considera a sí misma, obligada por el Convenio independientemente de la validez de la declaración. Por otra parte, el Gobierno suizo reconoció la competencia del Tribunal para determinar esta última cuestión, a la que alegaron ante ella”, caso *Belilos v. Switzerland*, aplicación No. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, §60.

²⁷⁶ Esto es, el principio de libre consentimiento, que el propio preámbulo de la Convención de Viena reconoce. La opinión aceptada en el derecho internacional, desde la Convención de Viena y hasta antes del enfoque de Estrasburgo, era que “una reserva es una declaración hecha fuera del tratado, no dentro de él. Si el instrumento-tratado provee, por ejemplo, que asuntos que afectan la jurisdicción interna del Estado están excluidos del tratado, esa cláusula no es una reserva en el sentido dado por el derecho de los tratados, es simplemente una modalidad de una obligación asumida bajo el tratado” (RUDA, 1975: 105). Por ello, es cuestionable que el efecto de anular una reserva hecha por un Estado de acuerdo con la Convención de Viena, recaiga sobre el Estado que realizó la reserva, considerando, por lo tanto, que los efectos del Convenio se apliquen al Estado como si la reserva nunca se hubiese formulado. Por ello, se ha tratado de resolver esta tensión, entre lo señalado por la Convención de Viena y por el Tribunal, de la siguiente manera: “No parece posible reconstruir las correspondientes consecuencias jurídicas desde la perspectiva de la regla que requiere el consentimiento unitario para que el acuerdo sea vinculante. El tratado se confía, en cambio, a un criterio (consistencia con el objeto y el fin) que presupone una evaluación *a posteriori* por las partes contratantes, salvo cuando da poder exclusivo a un órgano de control” (BARATTA, 2000: 423).

vinculado con lo anterior, es que, como casi todos los instrumentos de derecho internacional, el Convenio no define de manera clara las reservas prohibidas o impermisibles, por lo que se debería recurrir a lo estipulado en el artículo 19 de la Convención de Viena, pero el Tribunal construyó una interpretación distinta a la Convención de Viena sobre los efectos de la declaratoria de nulidad o impermisibilidad de la reserva.

Esto es relevante, considerando el incremento observado en las reservas a tratados de derechos humanos, en un contexto donde “las actuaciones de los Estados parte, de un instrumento de derechos humanos, son supervisadas [...] por cuerpos judiciales que adoptan un enfoque ‘evolutivo’ o ‘dinámico’ en la interpretación de las obligaciones que surgen del tratado”; lo que justamente ha llevado a los Estados a adoptar reservas como una manera de “delimitar sectores de su autoridad doméstica del escrutinio internacional” (SIMMA, 1998: 660).

En resumen, en la Tabla 2 se muestran cuáles serían las características que compartirían las normas alterativas que contempla el Convenio.

Tabla 2: Características que según la dogmática diferencian a las normas alterativas que contempla el Convenio

		RESERVAS	DEROGACIONES	EXCEPCIONES	LIMITACIONES
ALCANCE	TODOS LOS DERECHOS (menos no-derogables)	X	✓	X	X
	DERECHOS ESPECÍFICOS	✓	X	✓	✓
TIPO DE CIRCUNSTANCIAS	EXCEPCIONALES	X	✓	X	X
	NORMALES	✓	X	✓	✓
TEMPORALIDAD	PERMANENTES	✓	X	✓	✓
	TRANSITORIAS	X	✓	X	X
INTENSIDAD DEL CONTROL	CONFORMIDAD (más intenso)	✓	X	✓	X
	COMPATIBILIDAD (menos intenso)	X	✓	X	✓
DECLARACIÓN ESPECIAL	REQUIERE NOTIFICACIÓN	✓	✓	X	X
	NO REQUIERE NOTIFICACIÓN	X	X	✓	✓

Es importante incluir a las reservas dentro de las normas alternativas, a pesar de que en la dogmática nunca se suelen analizar junto a las demás categorías de normas.

La razón de por qué he decidido incluir a las reservas aquí, es que ellas permiten relevar una característica clave a la hora de distinguir entre las distintas categorías de normas alternativas que contempla el Convenio. Para ello, debemos retomar la distinción entre alcance del derecho y extensión de la protección.

Las normas alternativas afectarían diferentes aspectos de los derechos: algunas alterarían *prima facie* el alcance de los derechos y/o la extensión de su protección (sea ésta genérica o específica), otras solamente harían una pre-selección de elementos que deben tenerse en cuenta *a posteriori* a fin de determinar el alcance de los derechos y/o la extensión de su protección. En otras palabras, el criterio para su distinción es funcional. Esta sería la característica común de todas ellas, pero debemos prevenir el colapso de todas ellas en una sola, en mor de preservar la claridad conceptual.

A) Una reserva, puede afectar *a priori* tanto el alcance como la extensión de la protección de un derecho, de manera específica y permanente, quitando o agregando algún elemento de la norma que lo establece y solo con efecto parcial para el Estado que realiza la reserva. Por ejemplo, como señaló el Tribunal en el caso *Belilos*, donde el Tribunal discutió si era acorde con el Convenio la reserva interpretativa que realizó Suiza al momento de suscribirlo,²⁷⁷ la que quitaba del ámbito de protección del artículo 6(1), los procedimientos llevados a cabo ante autoridades administrativas, como había sido en el caso, la multa impuesta por desórdenes públicos a la Sra. Belilos, en un procedimiento administrativo substanciado ante la Junta de Policía del Cantón de Vaud. En lo que nos atañe, el Tribunal consideró que Suiza justamente buscaba remover del alcance del derecho, mediante una reserva, cierto tipo de procedimientos sancionatorios que algunos cantones tenían, los que involucraban faltas por desórdenes público, cuya substanciación se realizaba ante las autoridades policiales, sin forma de juicio ni garantías de debido proceso.²⁷⁸

²⁷⁷ Ella rezaba: “El Consejo Federal suizo considera que la garantía de un juicio imparcial en el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio, en la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil o en cualquier acusación penal contra la persona en cuestión, se destine únicamente a asegurar el control final por parte del poder judicial sobre los actos o decisiones de las autoridades públicas relacionados con tales derechos u obligaciones o la determinación de tal cargo”, caso *Belilos v. Switzerland*, aplicación No. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, §29.

²⁷⁸ “Para establecer el carácter jurídico de tal declaración, hay que mirar atrás el título que se le da y tratar de determinar el contenido sustantivo. En el presente asunto, parece que Suiza pretendía suprimir determinadas categorías de procedimientos del ámbito de aplicación del artículo 6§1 y protegerse contra una interpretación de dicho artículo que consideradas demasiado amplias”, caso *Belilos v. Switzerland*, aplicación No. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, §49.

B) La derogación, por su parte, afecta *a posteriori* la protección de un derecho de manera esencialmente transitoria, introduciendo unos elementos externos genéricos que el Convenio pre-selecciona y cuya calificación corresponde al Tribunal. Dado que la derogación se aplica solo sobre derechos no-absolutos, derechos que no tienen una extensión de la protección determinada, en realidad una derogación en estado de excepción, en los términos del Convenio, afecta primariamente al deber general del artículo 1 del Convenio de respetar o asegurar los derechos, razón por la cual ella es esencialmente revisable por el Tribunal, quien debe velar por si el Estado violó sus obligaciones ante el Convenio, lo que se refleja en deberes específicos que el Tribunal identifica *ex post* para cada derecho derogado.

Por ello, un equivalente de la derogación en la teoría del derecho sería el de cancelación (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 120) o suspensión (véase AGÜERO, 2015: 56-57).²⁷⁹ No se afecta el alcance del derecho, sino que se suspende una parte o toda su protección (dependiendo del estado de excepción invocado por el Estado) y solo con efecto parcial para el Estado que invoque dichas circunstancias excepcionales, siendo éstas últimas los elementos externos genéricos que le llevan a derogar derechos mientras dure la emergencia, terminada que sea la cual, los derechos recuperan toda la extensión de su protección.

C) Una excepción quita *a priori*, de manera permanente y con efectos generales para todos los Estados, del alcance o de la extensión de su protección de un derecho, un determinado ítem que de otra manera debería entenderse incluido en la norma. Sobre esto se ha dicho que “Solo cuando la designación primaria del ámbito de aplicación de una norma incluye, en vez de excluir, un cierto ítem que sus creadores desean no incluir, es necesario añadir una excepción” (SCHAUER, 1991: 874).²⁸⁰

Un ejemplo claro, que es posible encontrar en el Convenio, es, como vimos, el derecho a la vida consagrado en el artículo 2, el que establece en su número 2 ciertas excepciones, es decir,

²⁷⁹ Este sería el caso, *mutatis mutandis* para los derechos no-absolutos, de lo que Feinberg denominada “renuncia temporal de derechos”, en el ejemplo que toma de Don E. Scheid, del rito veraniego tribal, donde “Durante una hora cada hombre es cazador y presa. Durante ese período de tiempo el derecho normal a la vida se suspende para todos los participantes voluntarios. De hecho, cada uno de ellos ha renunciado a la protección de ese derecho durante un período de tiempo determinado, sin posibilidad de recuperarlo hasta que haya transcurrido el tiempo y el juego haya terminado. Cada jugador libera así a todos los demás jugadores de su obligación normal de no matarlo” (FEINBERG; 1978: 117).

²⁸⁰ Esto obviamente se debe a “la generalidad de las leyes y reglas” y que “las reglas jurídicas son objeto de excepciones actuales o potenciales” (HONORÉ, 1977: 108), razón por la cual, “habría excepciones *a* la norma que no son excepciones *en* la norma” (MENDONCA, 2012: 203). Por ello, debe considerarse el problema que genera hablar de excepciones: “Hablar de ‘excepciones’ podría ser engañoso en un sentido importante: las excepciones son cláusulas que limitan el alcance de una regla, por lo tanto, por definición, si hay una excepción, la regla no es aplicable. Por lo tanto, parece que las excepciones son imposibles según el criterio de Miller: para que exista una excepción a una regla, la regla debe ser aplicable, pero si existe una excepción, la regla no es aplicable” (ATRIA, 2001: 124).

establece que ciertos resultados de muerte no se considerarán que violan lo establecido en dicho artículo, esto es, cuando sea “consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

Otro ejemplo, sería el artículo 4 del Convenio, que establece la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, ya que solo el primer derecho no está cualificado, ni posee excepciones de ningún tipo, ni se le aplica la derogación del artículo 15, es decir, no le afecta ninguna norma alterativa. En cambio, el segundo derecho, que dicho artículo establece, sí las contempla (cabén excepciones y es posible su derogación bajo el artículo 15). En número 3 del artículo 4 contempla los casos que no se consideran trabajo forzado u obligatorio: a) el exigido normalmente a una persona privada de libertad; b) el servicio de carácter militar; c) el servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales (por ejemplo, vocal de mesa en elecciones).

Aquí es donde se combinan ambos criterios textuales, formales o estructurales mencionados, ya que las excepciones se aplican en el caso de derechos que poseen un ámbito de protección determinado, es decir, el ámbito de los derechos absolutos. Como vimos, la no aplicación de la cláusula de derogación establecida en el artículo 15, constituye solo una de las características de este tipo de derechos, teniendo que atender, además, a otros elementos: si ellos atienden al interés de la comunidad internacional en su conjunto o solo al interés del Estado y si poseen una protección determinada o indeterminada.

Resulta evidente por qué el Convenio establece estas normas alterativas: justamente porque la extensión de la protección está determinada, al tratarse de prohibiciones absolutas. Por ello, “para adaptar la norma a los objetivos legales, entonces se hace necesario crear una excepción” (SCHAUER, 1991: 875).²⁸¹ En principio, al estar acompasado el alcance del derecho con la extensión de su protección, la excepción, al quitar un determinado ítem de la norma, en realidad lo hace tanto del alcance como de la protección. Porque si determinados trabajos no se consideran

²⁸¹ Cabe destacar que: “La lección que surge es que la necesidad de una excepción no es a menudo una cuestión de fondo. Más bien, las excepciones a menudo existen como un producto de lo que es esencialmente una cuestión lingüística fortuita, la forma en que un lenguaje puede o no puede contener términos —como ‘intersalar’— excluyendo de la cobertura lo que el aparato regulador pretende excluir. Las excepciones pueden ser el producto de la circunstancia lingüística, de la estructura lingüística y categorial existente de la sociedad que precede al uso o no de una excepción” (SCHAUER, 1991: 875).

forzados, entonces es obvio que ellos no están protegidos por la norma. En otras palabras, solo en estos casos, al alterar el alcance del derecho se afecta directamente la extensión de su protección.

Por ello, las excepciones, pueden abrir espacios de derrotabilidad, frente al conflicto entre ellas y a las normas que establecen derechos a las que se aplican.²⁸² Es decir, que nunca podemos saber o determinar de manera certera cuáles son las excepciones a las normas, ya que el legislador no puede prever, ni remotamente, de forma completa, todos los posibles casos de aplicación de una norma antes de que esta, de hecho, se aplique. Si esto es cierto, entonces, las normas pierden una parte significativa de su fuerza normativa, es decir, de ser una guía para la acción.²⁸³ Lo que obviamente es relevante, considerando, como vimos, la forma en que están consagrados los derechos absolutos, la que establece sin ambages la manera en que dichos derechos deben protegerse.²⁸⁴ Por ello, a fin de dar respuesta a esto, se ha dicho:

La solución a este rompecabezas es bastante obvia y, para verla, hay que distinguir dos momentos distintos [...] Hay un momento legislativo en el que se postula la regla (y más tarde sus modificaciones, etc.), y luego un momento jurídico en el que se aplica. No hay nada particularmente interesante sobre las excepciones introducidas en el momento legislativo: son simplemente parte de la regla y, como se dijo, limitar su alcance. El problema interesante (y el problema que Miller tenía en mente) fue el de las excepciones introducidas en la regla en el momento de la aplicación. (ATRIA, 2001: 124-125).²⁸⁵

²⁸² Como señaló Hart: “Podríamos hacer reglas, cuya aplicación a casos particulares nunca requiera una opción adicional. Cada cosa se podría conocer, y para todo, ya que se podría saber, hacerse y especificarse de antemano por la regla. Este sería un mundo apto para la jurisprudencia ‘mecánica’. Es evidente que este mundo no es nuestro mundo, los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede traer [...] Cuando un caso no previsto surge, enfrentamos la cuestión escogiendo entre los intereses en competencia de la manera que mejor nos satisface. Al hacerlo, habremos resuelto de modo más determinante nuestro objetivo inicial e, incidentalmente, habremos resuelto una cuestión sobre el significado, para los propósitos de esta regla, de una palabra general” (HART, 1997: 128-129). Christoffersen cree que en este pasaje Hart aboga por un test de razonabilidad frente a casos de derrotabilidad (véase, CHRISTOFFERSEN, 2010: 37).

²⁸³ Dicho con MacCormick: “Un aspecto del problema, es cuáles son los límites de la precisión o exhaustividad en los enunciados jurídicos; el otro aspecto, es cuál es la confiabilidad con la cual uno puede hacer inferencias a partir de un enunciado expreso en que ley se formula” (MACCORMICK, 1995: 103).

²⁸⁴ Ya vimos que esta es la razón de por qué el conflicto de interpretación que, en estos casos, se produce sobre todo a nivel semántico, porque en estos casos justamente surgen problemas de indeterminación semántica, *v.gr.*, lagunas de reconocimiento. Al menos así puede verse, el conflicto jurídico en casos como, por ejemplo, *Soering*, donde el Tribunal tenía que dirimir si permanecer en el corredor de la muerte equivalía a una forma de trato cruel, inhumano o degradante.

²⁸⁵ Quien sigue en esto a MacCormick, para quien este caso sería de lo que él denomina “derrotabilidad expresa”, es decir, el caso “de una regla sobre un derecho *R*, donde la regla expresamente establece las condiciones positivas para conferir *R* a una persona apropiada, pero también expresamente la sujeta a algunas excepciones o provisos” (MACCORMICK, 1995: 100). Él cree, sin embargo, que “no parece que lo que aquí he llamado ‘derrotabilidad expresa’, a pesar de ser importante, agote la idea, o quizás incluso capture sus casos más interesantes” (MACCORMICK, 1995: 100).

Esta solución pasa, entonces, por reconocer que existen excepciones explícitas e implícitas (o excepciones *en* la norma y *a* la norma), siendo solo a estas últimas las que se ven afectadas por la derrotabilidad. En el mismo sentido, se ha dicho que:

Las excepciones son sólo *prima facie* si pueden ser entendidas plausiblemente como incorporadas, tal vez sólo implícitamente [...] en las normas que son excepciones, es decir, cuando podemos plausiblemente afirmar que una adecuada comprensión o formulación de la norma contemplaría este tipo de casos: adecuadamente comprendidos o adecuadamente reformulados, la norma los prevé para que, al resolver los conflictos normativos, lo que debemos hacer es preguntarnos cómo se comprenden mejor los principios relevantes.

Cuando sólo *prima facie*, entonces, las excepciones no son más que elementos adicionales del antecedente de una norma. Que se consideren de alguna manera implícitas, o que se formulen como elementos separados, o como resultado de la especificación, 39 es sólo fortuita -en principio, una comprensión o formulación adecuada de la protasis de la norma podría, Las pongan en el mismo plano que otras condiciones. (CELANO, 2012: 280-81).

El punto sería, entonces, saber identificar las excepciones verdaderas de las que no lo son, es decir, de las excepciones *prima facie*, que son parte de la regla: “¿Cuándo es una excepción una verdadera excepción? Para que un caso pueda calificarse como una verdadera excepción, no debe estar ya previsto en una cláusula ‘a menos que sea...’ razonablemente detallada y precisa que se adjunte a la norma” (CELANO, 2012: 281).

En consecuencia, en el sentido que hablamos aquí, me refiero a las excepciones que establece el Convenio, las que fueron creadas al momento de su redacción, y no las que surgieron al momento de su aplicación, es decir, las que son explícitas y no, al menos en el sentido que les da la Teoría del Derecho, ‘verdaderas’.²⁸⁶ Dichas excepciones explícitas serían, en el lenguaje de la Teoría del

²⁸⁶ Contra esta distinción, se ha dicho: “En resumen, la idea de que las excepciones implícitas y explícitas no están cortadas de la misma tela está muy extendida. Las primeras —manda Schauer— son ‘externas’ a la regla, por así decirlo, mientras que las excepciones explícitas no son más que delimitaciones negativas del alcance de la regla son, en ese sentido, ‘internas’ [...] Esta conversación sobre la aplicación de las normas jurídicas es, creo yo, un lenguaje perifrástico o circunlocutorio, y es mejor que acabemos con él en el contexto de nuestra discusión” (DUARTE D’ALMEIDA, 2015b: 144). Para Duarte D’Almeida, el problema de esta distinción es que cada una de ellas usa un sentido de regla exceptuada distinto. En el ejemplo de Schauer de que una regla que diga ‘No se admiten perros en el restauan’: “En (1b) [El portero debe aplicar la regla “Para cada x : si x es un perro, entonces x no debe ser permitido en el restaurante”] o (2b) [El portero debe aplicar la regla “Para cada x : si x es un perro, entonces x no debería ser permitido en el restaurante, a menos que x sea un perro lazarillo”], se repite, usamos ‘regla’ para referirnos a lo que el portero está obligado a hacer. Quiero llamar a esto una ‘ruleR’. Pero cuando decimos que en la situación 2 el hecho de que un perro lazarillo es una excepción a una ‘regla’, no estamos usando ‘regla’ para referirnos a lo que el portero está obligado a hacer. Estamos usando el término para referirnos a lo que se le exige al portero cuando ninguna excepción está presente. En este sentido en la Situación 2, la ‘regla’ —la regla a la que el hecho de que un perro sea lazarillo es una excepción— no es la regla R descrita en (2b), sino que la regla ‘No se permiten perros’. Permítanme usar ‘ruleD’, entonces, para hablar de reglas en este segundo sentido coloquial (DUARTE D’ALMEIDA, 2015b: 147-148). Por ello, los partidarios de “la visión común sobre las excepciones se han enredado irremediabilmente en una confusión de reglasD y reglasR; y porque una vez disuelta la confusión podemos ver que ninguna de las tesis características de la visión común es correcta” (DUARTE D’ALMEIDA, 2015b: 152).

Derecho, delimitaciones de las normas, categoría que, como vimos, ya tiene un lugar en el sistema del Convenio y que es distinto al que le atribuye la Teoría del Derecho.

D) Finalmente, y lo que más interesa aquí, una limitación agrega o introduce, *a posteriori*, a los elementos que configuran la extensión de la protección de un derecho, un determinado ítem, mediante una cláusula que indica en la norma una pre-selección *a priori* de elementos externos que el Tribunal debe tener en cuenta al momento de calificar la limitación del derecho. Mi punto es que las normas que configuran cláusulas de limitación no lo hacen ni de manera permanente ni con efectos generales, debido a la estructura triádica que las limitaciones del Convenio poseen.²⁸⁷

Dejando de lado las reservas, cuya naturaleza, ya se dijo, es esencialmente a priorística, es preciso, antes de seguir avanzando, señalar por qué, entonces, se debe distinguir las limitaciones de las derogaciones en el contexto de la DMA: las derogaciones son casos de suspensión de garantías por un tiempo acotado, transitoriedad que no poseen las limitaciones; aunque comparten con ellas la característica central, a saber, que ambas introducen una pre-selección *a priori* de elementos que modulan la extensión de la protección del derecho, elementos que el Tribunal debe calificar en casos concretos, esto es, *a posteriori* de la adopción de las normas del Convenio: ambas introducen elementos externos en la norma, pero en el caso de las derogaciones, lo hace de manera genérica, tal y como lo haría una excepción *a* la norma, pero con efectos temporales en la protección del derecho. En cambio, en el caso de las limitaciones, lo hace de manera específica, tal y como lo haría una excepción *en* la norma, pero con efectos permanentes en la protección del derecho. Sin embargo, tanto en el caso de las derogaciones como en el de las limitaciones, sus efectos solo afectan a los Estados de que se trate. Ello no impide, sin embargo, que el Tribunal pueda, en el caso de las limitaciones, si el contexto o los principios son semejantes entre Estados distintos, aceptar la limitación de un derecho en la misma medida ante casos análogos, en cuyo caso, acude al Margen de Apreciación estatal a fin de justificar su decisión. Esta semejanza funcional, es la que ha llevado a confundir ambos tipos de normas alterativas.

Por ello, conceptualmente es más relevante distinguir entre limitaciones y las excepciones en el contexto de la DMA, a fin de apreciar mejor la confusión de categorías de normas alterativas y, más importante aún, la confusión fundamental que está en la base de la lectura superficial del Convenio.

²⁸⁷ Como ya hemos dicho, la adopción de esta categoría de normas (cláusulas de limitación), adscritas a cierto tipo de derechos (derechos de libertad personal, contemplados en los artículos 8-11 del Convenio), buscaría justamente permitir mayor flexibilidad en miras a reconocer y aceptar la diversidad valorativa inherente en Europa, la que tendría expresión en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros que implementar estos derechos. Volveremos sobre este punto en la Parte II.

Esto, porque los criterios de aplicación de la DMA permiten poner de relieve por qué el caso paradigmático de la DMA son las cláusulas de limitación: En el caso de las limitaciones por delimitación, donde “una cláusula o frase delimita el alcance de protección de ciertos derechos y explícitamente excluyen áreas específicas o personas del alcancen de protección” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342),²⁸⁸ en realidad no estamos frente a una verdadera cláusula de limitación, sino que en presencia, más bien, de una clase de excepción, una excepción *en* la norma, la que no tienen en cuenta el carácter del derecho de que se trata, ya que muchas de ellas se encuentran en derecho considerados absolutos y no-absolutos (donde caben derogaciones del Art. 15).

Por su parte, porque en el caso de las limitaciones por delimitación donde se autoriza “o ‘delega’ a las autoridades estatales la responsabilidad de regular el ejercicio de ciertos derechos” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342),²⁸⁹ se trataría, ante un conflicto entre la extensión de la protección reconocida por el Estado y por las autoridades de Estrasburgo, de un caso de excepción *a* la norma, donde existe disputa en la manera en que el Estado realizó la calificación jurídica de ciertas medidas interferencias amparado en la autorización que *prima facie* le permitía la norma del Convenio, que es un caso análogo a las derogaciones que son esencialmente revisables; o bien, frente a otra clase de normas alterativas, que quizás resiste la clasificación propuesta. Dichas normas del Convenio que autorizan a las autoridades nacionales a tomar ciertas medidas positivas, podrían ser, en realidad, una especie de *cláusula alternativa tácita*: “una habilitación supuesta, dirigida al legislador o a los jueces [...] para dictar normas de un contenido distinto o según un procedimiento alternativo al regulado por las normas superiores” (CHAHUÁN, 2013: 53).²⁹⁰ Es decir, el Convenio delegaría al Estado adoptar ciertas medidas legislativas, las que pueden eventualmente entrar en conflicto con las normas del Convenio, frente a lo cual el Tribunal puede

²⁸⁸ Más claramente, donde “las disposiciones expresamente refieren que ciertas áreas o materias no están abarcadas por el alcance de su aplicación *ratione materiae*” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342).

²⁸⁹ Con mayor precisión, donde “una disposición expresamente establece que las autoridades nacionales deberían tomar ciertos pasos positivos, como medidas regulatorias, para regular el alcance de las garantías” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 343) de los derechos.

²⁹⁰ Como Kelsen señaló “La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas” (KELSEN, 1986: 279). Para una crítica a esta idea, véase BULYGIN, 1995. Contra Bulygin, véase RUIZ MANERO, 1995. Para una visión general de este debate, véase COMANDUCCI, 2012.

adjudicar dicho conflicto, estableciendo la violación del Convenio.²⁹¹ Por ende, este caso quedaría mejor explicado bajo el principio de primeridad o subsidiariedad.

Hay una última cuestión que es relevante, a la hora de distinguir entre limitaciones y excepciones. Se trata de una diferencia conceptual de fondo y que incide ciertamente en la lectura superficial del Convenio a la que hice referencia antes, la que, dada su importancia, analizaré con más detalle en la sección siguiente.

²⁹¹ En este sentido, dado que, como vimos, las medidas de interferencia de derechos que los Estados adoptan, se expresan en actos de las autoridades o actos legislativos, el Tribunal echa mano del test de tres pasos, debido a esta semejanza funcional. Sin embargo, este caso es distinto al de las cláusulas de limitación explícita, no aplicándose, por lo tanto, los criterios textuales, formales y estructurales que aquí he desarrollado. Pero, más importante aún, son las dificultades teóricas de centrar este problema en el de la validez de las normas jurídicas que establecen derechos, ya que frente a una contradicción entre las normas del Convenio que contienen derechos y las decisiones normativas de los Estados miembros, a pesar de ella, según la tesis de la cláusula alternativa, ninguna de ellas dejaría de ser válida. Ello diluiría la finalidad práctica de la DMA, ya que estas limitaciones podrían ser mejor explicadas y justificadas, o colpasar, entonces, en el principio de subsidiariedad y primeridad.

8. Una resplandeciente oscuridad.²⁹²

Existe una diferencia conceptual, adicional a la que ya he analizado *grosso modo* en la sección anterior, entre limitaciones y excepciones. Se trata de una diferencia lógica, que ciertamente favorece una lectura superficial del Convenio, aquella que sostiene, frente a la variedad de normas alterativas que el Convenio contempla, que se estaría privando de efectividad en la protección de los derechos y libertades que el propio Convenio establece y que, supuestamente, debería resguardar.

El presupuesto de esta crítica es la idea de que las limitaciones son, en el fondo, formas inversas de excepciones, es decir, que, a pesar de las diferencias funcionales, una quita ítems de las normas mientras que la otra los agrega, ellas serían equivalente en términos lógicos. Por ello, las limitaciones, al igual que las excepciones, afectarían el ámbito o extensión de la protección de los derechos, ya que, o sacan del alcance de un derecho, y en consecuencia de la órbita de su protección, un determinado caso o persona, o bien, introducen elementos que califican la protección de los derechos, mediante la pre-selección de casos que se considerarán interferencias *prima facie* con dicha protección y que, en principio, corresponde a los Estados calificar e implementar.

Dicha crítica está mal fundada lógicamente, por lo que también lo está la lectura superficial del Convenio. Por ello, relevar esta cuestión es relevante también para contrarrestar las críticas que se han hecho al Margen de Apreciación, ya que, como vimos, la DMA juega un papel central en la valoración que realiza el Tribunal de las medidas de interferencias que limitan derechos, proceso que se ve como una amenaza a los derechos, porque justamente ayuda a reconocer o validar la diversidad en las limitaciones de derechos que realizan los Estados miembros.

¿Cuál sería el problema lógico de equiparar excepciones con limitaciones? Quien mejor ha apreciado este problema ha sido MacCormick. Al principio de su famoso ensayo sobre derrotabilidad, introduce, casi al pasar, la distinción entre excepción y *provisio*, la que luego sirve para juzgar las ideas de Julius Stone, quien rechaza dicha distinción por considerarla una categoría jurídica de referencia ilusoria.²⁹³ Las limitaciones o cláusulas de limitación, al menos como se

²⁹² La expresión es de Bentham: “Un derecho natural es una especie de calor frío, una especie de humedad seca, una especie de resplandeciente oscuridad” (BENTHAM, 1987: 73).

²⁹³ El caso analizado es el *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corp Ltd* [1942] AC 154, donde el fondo del asunto se trataba de determinar a quién correspondía la carga de la prueba por *frustration*, la equivalente al caso fortuito o fuerza mayor de nuestra tradición. La *frustration* fue alegada por una empresa marítima que debía cumplir con un contrato de transporte de mercaderías, el que se vio imposibilitada de cumplir por la explosión de una de las calderas de la embarcación *Kingswood*, que debía

adoptan en el Convenio, serían *provisos*, es decir, formulaciones que se encuentran en las disposiciones y que cualifican derechos, que son distintas a las excepciones. Esta distinción es antigua y proviene del *common law*:²⁹⁴

La proviso es una antigua forma verbal. Permite hacer una declaración general como una propuesta clara, manteniendo las cualificaciones necesarias fuera de ella y relegándola a una condición al final [...] la única importancia operativa en identificar un enunciado como una proviso descansa en la carga de la prueba (BENNION, 1997: 556).²⁹⁵

El fondo del argumento de MacCormick es que “donde una pretensión se realiza con alguna justificación *prima facie* en el derecho, le toca a quien desafía la afirmación de mostrar lo que

realizar el transporte. Si se aplicaba la doctrina de la *frustration*, la que funciona procesalmente como una excepción, entonces el contrato termina sin responsabilidad para las partes, *a menos* que se pruebe que quien alega la *frustration* haya sido negligente en evitarla, en cuyo caso “la *frustration* debía considerarse como *self-induced*” (GARCÍA CARACUEL, 2014: 96). La solución que la *House of Lords* tomó en este caso, semejante al tratamiento del caso fortuito de nuestra tradición en contratos bilaterales, donde ambas partes deben probarla en juicio, la que alteró lo señalado por la *Court of Appeal*, que había declarado antes que los dueños de la embarcación habían sido negligentes en prevenir la explosión. Comentando esta solución, Stone señaló: “Por lo tanto, en el caso de la doctrina de la *frustration* en el *common law*, la única distinción posible entre una cualificación contenida dentro de una regla y una regla de calificación separada tendría que ser una distinción de *significado*, la que surge de si la calificación es parte de la regla o una cualificación fuera de ella. Sin embargo, no hay tal distinción en significado. ‘Todos los animales no gorilas tienen cuatro patas’ significa exactamente lo mismo que ‘Todos los animales tienen cuatro patas, pero el enunciado no se extiende a los animales gorilas’. La distinción, por lo tanto, carece de sentido, simplemente no puede obligar al tribunal a una decisión en lugar de otra” (STONE, 1985: 69-70).

²⁹⁴ Antiguamente, esta distinción era muy importante en el *common law*, aunque ya a comienzos del siglo XX había perdido su importancia (véase BLACK, 1911: 429 n.6), ya que en el *common law* siempre se ha considerado a la teoría de la legislación, el estudio sistemático de las formas en que se construyen o establecen las leyes, como un asunto teórico relevante. Solo basta mencionar la obra de Bentham, *Traité de législation civile et pénale* (1802), traducido al inglés recién en 1931 por C.K. Odgen, obras que después de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), fueron “los libros que hicieron más famoso a Bentham durante su vida, los que fueron realmente reunidos por Étienne Dumont” (LYONS, 1990: 10). Ella tuvo una influencia intelectual posterior en el positivismo jurídico, el que en su tiempo era un asunto más práctico que teórico, que buscaba dar claridad y sistematizada a la legislación. Ello contrasta con el movimiento codificador de comienzos del siglo XIX, el que, convengamos, no se caracterizó por una claridad en el uso de los conceptos e instituciones jurídicas, como le tocó constatar a Andrés Bello, ávido lector de Bentham que trabajó con James Mill en los manuscritos de aquel en Londres, al consultar las fuentes francesas para la redacción del Código Civil chileno, en vigor desde 1857. Un famoso ejemplo de estas confusiones, es la teoría de la causa de Domat. Por ello, visto de esta manera, el *BGB* alemán, último resabio codificador, aparece como una sobre-reacción frente a esta falta de claridad.

²⁹⁵ Con más precisión, se ha dicho que: “Una proviso es propiamente la declaración de algo extrínseco al objeto de un convenio, el cual irá en el cumplimiento de ese convenio por medio de su derrota: una excepción es sacar del pacto parte del objeto del mismo” (ZINN, 1958: 269). Quien confunde ambas categorías es Black, para quien: “Una proviso es una cláusula que se adhiere a una ley, o a una sección o parte de ella, la que introduce una condición o limitación para su aplicación [*upon the operation of the enactment*], o hace una disposición especial para casos exceptuados de las disposiciones generales de la ley, o cualifica o restringe su generalidad, o excluye alguna posible base para una mala interpretación de su extensión”. A su vez, “Una excepción en una ley es una cláusula similar a una proviso. Específicamente, exceptúa de la operación de la ley personas, cosas o casos que de otra manera estarían incluidos en ella” (BLACK, 1911: 427). Por ello, “cuando los términos se usan con precisión técnica, la distinción entre proviso y excepción es esta: una excepción exceptúa absolutamente de la operación de una promulgación, mientras que una proviso derrota su operación condicionalmente” (BLACK, 1911: 429).

está mal en el contexto, lo suficientemente equivocado como para ser derrotado cuando todas las cosas son consideradas” (MACCORMICK, 1995: 104). Lo importante aquí no es el asunto de la derrotabilidad, sino lo que MacCormick dice respecto de buscar una justificación *prima facie* en el derecho. Porque si esto es cierto, entonces, la distinción entre excepciones y *provisos* debe ser significativa, es decir, debe ser real (en sentido laxo). Y esto es justamente lo que Stone cuestiona.

El problema es que, en la tradición jurídica anglosajona, las diferencias conceptuales entre ambas categorías se han borrado, utilizándose e interpretándose las *provisos* como elementos restrictivos de una norma. Así, se ha dicho:

Cuando el lector de un estatuto alcanza el familiar ‘Provisto, sin embargo’, su reacción inmediata casi invariable es: ‘Ahora viene la limitación’. Esto es lógico porque el verdadero ‘Provisto, sin embargo’ es sinónimo de ‘pero’, lo que implica una limitación de la cláusula que lo precede inmediatamente. ¡Cuántas veces, sin embargo, se sorprende al descubrir que, en lugar de una limitación, las palabras que siguen la cláusula son, de hecho, una extensión de las cláusulas anteriores o algo totalmente irrelevante para ellos! [...] La proviso es simplemente otra forma —más pesada y torpe— de decir ‘pero’, y cuando se usa para extender más que limitar la cláusula que la precede, la intención legislativa es derrotada. Los tribunales lo han reconocido con frecuencia y han anunciado la proposición de que una disposición tiene por objeto, en general, restringir lo que la precede. (ZINN, 1958: 270).

Esto era exactamente lo que estaba en juego en el caso *Constantine* analizado por MacCormick en su artículo. Además, este es justamente el caso del Convenio, donde las cláusulas de limitación incluyen las expresiones que se valen de palabras semejantes;²⁹⁶ y quien alega que existen excepciones y limitaciones, basadas en calificaciones *prima facie* que poseen las normas, le corresponde probarlas, lo que debe hacer el Estado demandado, quien es el obligado por el Convenio.

Pero el problema, es que las excepciones y las limitaciones, entendidas estas últimas como *provisos* que califican las normas que establecen derechos, serían para efectos lógicos indistinguibles, como afirmaba Stone, por ello:

Una lógica veritativa-funcional que solo permite conjunciones (‘y’), disyunciones (‘o’), negaciones (‘no’) e implicación material (‘si...entonces’), carece de hecho de la capacidad de manejar la distinción con la cual estamos tratando. Esto es (*inter alia*), porque ella trata ‘pero’ simplemente como una forma de ‘y’. Para tal lógica, las calificaciones y las excepciones, son indistinguibles, como dice Stone. (MACCORMICK, 1995: 105).

²⁹⁶ “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto...” (art. 8 inciso 2); “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que...” (art. 9 inciso 2); “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones...” (art. 10 inciso 2); y “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que...” (art. 11 inciso 2).

Esto, para MacCormick, solo muestra que carecemos de herramientas lógicas adecuadas que permitan comprender esta distinción, entre *provisos* (en general, normas calificativas) y excepciones, la que, si bien existe en la práctica jurídica, no tendrían una diferencia lógica relevante, por lo que no pueden proveer una justificación *prima facie* en el derecho. El punto de MacCormick es que dicha distinción “aunque lógicamente indistinguible [...] no significa que ella sea para todos los propósitos ilusoria”, como sostendría Stone (MACCORMICK, 1995: 105).

Pero MacCormick concede demasiado a Stone. Para ello, debemos nuevamente descender un nivel teórico, para luego avanzar dos. Debemos mirar el origen de esta equiparación lógica entre excepciones y limitaciones, a la que llamaré en adelante la tesis de Bentham, ya que es a él a quien, nuevamente, debemos dicha distinción y equiparación.²⁹⁷ Esta distinción benthamiana descansa en su doctrina de la ley completa, dentro de la cual tiene sentido la equiparación entre ambas categorías de normas alterativas.²⁹⁸ No obstante, su asunción acrítica es la que termina oscureciendo la distinción entre ambas, por lo que es menester su abandono para que la distinción entre excepciones y limitaciones sea, aunque quizás lógicamente ilusoria, al menos, conceptualmente fructífera.

Para Bentham una ley se define como “un ensamblaje de signos declarativos de una volición, concebido o adoptado por el *soberano* en un Estado” (BENTHAM, 1970: 1; 2010: 24). Por ello, son dos sus aspectos relevantes “un acto de una clase u otra que es objeto de un deseo o voluntad

²⁹⁷ Para un análisis de esta tesis desde un punto de vista de la lógica deóntica moderna, véase RAZ, 1980: 53-58 y MORESO, 2014.

²⁹⁸ A grandes rasgos, conceptualmente la doctrina de la ley completa, como veremos, tiene que ver con la idea de que es posible identificar y describir completamente una norma en un sistema jurídico con un contenido determinado, por ejemplo, afirmar que en el derecho chileno existe la norma (prohibición) siguiente N1: ‘Prohibido fumar en los espacios públicos cerrados’, lo que es algo distinto de preguntarse si existen determinadas disposiciones que prohíban hacerlo. Porque puede existir una única disposición en el derecho chileno que señale D1: ‘Prohibido fumar en los espacios públicos cerrados’, cuya estructura permite calificarla como completa, ya que establece un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, pero no podemos saber si ella misma es una norma completa, porque, por ejemplo, podría haber otra disposición en la legislación chilena que estableciera D2: ‘La prohibición de fumar en los espacios públicos solo será aplicable en recintos de menos de 50mt² que no cuenten con ventanas’. Si fuera el caso, N1 debería ser entonces reformulada para contener D1, pero también D2, que viene a calificar lo señalado por D1, por lo que la norma debería ser redescrita como N2: ‘Prohibido fumar en los espacios públicos cerrados de menos de 50mt² que no cuenten con ventanas’, norma que se puede considerar completa. Este es el denominado problema de individuación de las normas: “Esta formulación de las tareas de una teoría jurídica presupone además que es posible saber qué es una descripción completa de un sistema jurídico sin saber cuál de sus descripciones es una descripción adecuada. Es posible identificar un sistema sin identificar sus leyes [...] es posible conocer el contenido de un sistema jurídico sin conocer la identidad de ninguna de sus leyes. El problema de la estructura de una ley puede considerarse parte del problema de la individuación. Sin embargo, es importante darse cuenta de que los dos no son idénticos” (RAZ, 1980: 73). Kelsen creía algo similar a lo defendido por Bentham (véase RAZ, 1980: 77 y ss.).

de parte del legislador y un deseo u volición de la cual tal acto es el objeto” (BENTHAM, 1970: 93; 2010: 250).²⁹⁹ Por ello, como señala Raz:

Una ley, según Bentham, consiste en un aspecto y un acto o, como debe decirse a la vista de las modificaciones introducidas en la teoría de los actos anteriores, de una situación de acto (incluyendo una especificación del agente). Algunas leyes tienen partes que también consisten en un aspecto y una situación de acto. Estas partes se llaman ‘disposiciones’. Las partes de una ley que no son disposiciones se llaman ‘cláusulas’. (RAZ, 1980: 55).

Para Bentham, existen “dependencias y relaciones mutuas” entre “los diversos aspectos sobre los cuales es susceptible la voluntad de un legislador” y los “varios tipos de disposiciones en las que pueden mostrarse a sí mismas cuando se expresan en palabras” (BENTHAM, 1970: 128; 2010: 139).³⁰⁰ El núcleo de esta tesis es que las normas de un sistema jurídico pueden ser reconstruidas en base a las relaciones lógicas que se dan entre las normas que la componen, dando por supuesto la existencia de dicho sistema.³⁰¹

Sin embargo, mi intención aquí no es discutir esta cuestión, que comparto con cierta incomodidad, sino que la relación específica entre dos categorías de normas alterativas que reconoce Bentham: las que establecen limitaciones y las que establecen excepciones.

En este sentido, para Bentham, una disposición normativa que es significativa en sí misma puede ser completa o parte de otra ley, según si “se establecen aisladas o en conexión con otras”. Las

²⁹⁹ Raz argumenta que estos aspectos esenciales de una ley deben ser leídos como sigue: “en lugar de identificar aspectos con voliciones o fases de voliciones del legislador, podemos tratarlos como aquellos elementos de los enunciados normativos, a saber, las modalidades normativas” (RAZ, 1980: 55).

³⁰⁰ Bentham recalca que: “En lo que se refiere a la fuente de la norma [*mandate*], lo que se predica de ella pertenece exclusivamente a la teoría del derecho [*jurisprudence*]: pero todo lo que se dice de ella pertenece igualmente a la rama de la lógica, hasta ahora no mencionada, que se puede llamar lógica de la imperación, o más general y exactamente, lógica de la voluntad; en contraposición a la lógica que se puede llamar la lógica del juicio” (BENTHAM, 1970: 15 n. h; 2010: 38 n. a). Esta sería la primera referencia en la teoría del derecho moderna de la necesidad de construir una lógica deóntica, que Bentham llamaba lógica imperativa (véase MORESO, 1992: 145-147).

³⁰¹ Este es un punto bastante problemático y queda bien ilustrado en el epígrafe que elegí para la Parte I. Creo que la propuesta de Bentham, más que una explicación sobre qué es el derecho, lo que exige hacerse cargo de la pregunta sobre la estructura e identificación de las normas que pertenecen a un sistema jurídico; busca, más bien, ser una respuesta a cómo funcionan sus partes, lo que para Bentham supone elucidar dichas dependencias y relaciones mutuas, que son de naturaleza lógica. Por ello, creo, más bien, la propuesta de Bentham da por supuesto que existe un sistema jurídico, objeto de estudio del jurista y del lógico. De lo contrario, no tendría sentido el empeño de Bentham en desenmascarar las entidades ficticias, que ocupan un lugar destacado en su obra, ni tampoco en el método de la paráfrasis. Así, cuando analiza la ficción del derecho señala que el único caso en que derecho tiene un “significado preciso e inteligible” se da con un complemento político: “cuando se dice que un hombre tiene un derecho (mencionando éste), se afirma con ello algo real; a saber, una disposición, por parte de aquellos que ejercen los poderes de gobierno [...]” (BENTHAM, 2005: 166). De esta manera, para Bentham, las disposiciones que se encuentran en la legislación no son entidades ficticias, sino reales. Por ello, aunque no de manera explícita, para Bentham los actos del legislador crean solo partes de la ley y no leyes completas, lo que se aprecia cuando Bentham discute la naturaleza principal o subsidiaria de algunas leyes (BENTHAM, 1970: 141 y ss.).

que son completas “son obligativas o no-obligativas, de lo contrario son imperativas”; las que “son significativas solo por referencia a otras son extensivas, expositivas, de-obligativas, limitativas o exceptivas”. Por otra parte, si se considera “una disposición con relación a las diferencias de aspecto y la conexión que pueden tener con otras disposiciones”, ellas pueden ser “primordiales y supervinientes”, las que a su vez pueden ser “no-alterativas de una primordial o alterativas”, las que a su vez pueden ser “extensivas o no-extensivas”, las que a su vez pueden ser “destructivas (*in toto*) o cualificativas (destructivas *pro tanto*)”, las que a su vez pueden ser “limitativas o exceptivas” (BENTHAM, 1970: 129; 2010: 140-141).

En otras palabras, la doctrina de la ley completa señala que, una disposición normativa o es una ley completa o es solo una parte de una ley completa: o es una disposición normativa o una cláusula o fragmento de ella.³⁰² De esta manera, para Bentham, a cada tipo de acto, por ejemplo, el parricidio, le corresponde una ley completa, entonces todas las partes de las leyes que se refieran o dependan de ella pertenecen a la misma ley. Así, el Art. 390 Código Penal chileno contempla el delito de parricidio: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo [...]”, el que incluye la noción de acción voluntaria del Art. 1, la noción de dolo del Art. 2, las causales de exculpación del Art. 10, etc. Asimismo, una parte del Art. 390 pertenece a la norma establecida por el Art. 391, que establece el homicidio simple, ya que éste se aplica en los casos no comprendidos en el anterior, es decir, cuando el homicida no conozca o no tenga relaciones que los ligen con su padre, madre o hijo [...].

Dentro de las leyes que son parte de otras leyes, supervinientes de una primordial, destacan las normas alterativas que afectan los actos que están prohibidos o que han sido dejados libres por el legislador, estableciendo ciertas circunstancias que son limitativas o exceptivas.

³⁰² No obstante, Raz llama la atención sobre una cuestión clave: “El problema de la creación de normas aisladas difiere fundamentalmente del problema de la creación de normas pertenecientes a un sistema normativo existente. Incluso sería mejor evitar hablar sobre la creación de normas aisladas y, en vez de ello, hablar sobre sus condiciones de existencia” (RAZ, 1980: 68). Por esta razón, interpreta a Bentham como el descubridor “de que el derecho no es idéntico a una ley o una sección de la ley, etc., que muchas leyes, de todas las ramas de la ley, incluyendo tanto la civil la penal, contribuyen al contenido de cada norma: fue el punto de inflexión más importante en el pensamiento de Bentham sobre la filosofía jurídica: este descubrimiento y los problemas que suscitó se cristalizaron en una pregunta central: ‘¿En qué consiste la identidad y la plenitud de una ley?’. Y otra vez: ‘¿Qué es una ley?’, ‘¿Cuáles son las partes de una ley?’ El tema de las preguntas, debe observarse, es el *lógico*, el *ideal*, el todo *intelectual*, no el *físico*: el *derecho* y no la *ley*” (RAZ, 1980: 71). Por ello, cobra relevancia lo que señalé en el epígrafe, porque para Bentham si las leyes, las disposiciones normativas, son reales, la reunión de ellas lo es igualmente, de allí que ellas “se encuentren generalmente en multitudes: hasta el punto que en no haya ningún Estado en el que, si se encuentra una ley, no se encuentre una multitud de otras al mismo tiempo” (BENTHAM, 1970: 93; 2010: 251). Por lo tanto, Raz estaría alabando no a Bentham y su método para identificar la ley completa, es decir, no a la doctrina de la ley completa misma, sino que a la posibilidad fundar la distinción entre identificación y estructura de las leyes, que es, en este sentido, un problema más nuestro que de Bentham.

Para determinar de qué tipo de normas alterativas se trata, se debe poder identificar qué palabras usa el legislador. Así, en el caso de las primeras, “el efecto de introducir circunstancias especificantes, es poner *limites* al caso en que es su voluntad que el acto se realice” (BENTHAM, 1970: 113-114). Según el método de Bentham, ellas se relacionan en la siguiente secuencia: identificación de circunstancias limitativas, las que se expresan en palabras limitativas, las que se ensamblan en una cláusula limitativa y que conforman una proposición entera denominada proposición o disposición limitativa.

Por su parte, las segundas, circunstancias exceptivas: “Por la misma operación se exceptúan todos los casos que no se encuentren dentro del caso compuesto por las mismas circunstancias y se desechen como en el caso en que es su voluntad que el acto se realice. La misma circunstancia puede, por lo tanto, referirse al caso en que se ordena que se ejecute el acto, y todos los casos en que no se ordena que se realicen, se llamarán circunstancias excepcionales, a saber, tomar estos últimos casos fuera de los límites de los primeros” (BENTHAM, 1970: 114). En otras palabras, Bentham equipara lo que hoy conocemos como excepciones *en* las normas y excepciones *a* la norma.

Finalmente, contempla las normas cualificativas, que comparten ambas características de ser limitativas y exceptivas (BENTHAM, 1970: 116).

Tomemos el ejemplo de Raz: “‘Aparcar frente a las oficinas del gobierno está prohibido en verano durante las horas de trabajo, excepto por permiso especial’. La cláusula ‘en verano’ es la cláusula principal (limitativa). ‘Durante las horas de trabajo’ es una subcláusula limitativa que califica la cláusula principal, y ‘excepto por permiso especial’ es una subcláusula excepcional que califica la primera subcláusula” (RAZ, 1980: 58).

Esta equiparación es justamente el problema del planteamiento de Bentham, porque al realizar la equiparación, tiene que concluir, según su método, en una extraña secuencia de relación entre las normas, ya que para él todas “las palabras entonces son prácticamente palabra de excepción” (BENTHAM, 1970: 114), de la que se derivan cláusulas exceptivas y proposiciones exceptivas.³⁰³

Por ello, concluye Bentham:

³⁰³ Esto, a pesar de que Bentham, en una nota al pie, trata de mostrar ejemplos de palabras que permiten identificar cláusulas de excepciones y limitaciones: “En cuanto a las palabras y giros de expresión mediante los cuales se puede hacer que una cláusula tenga el efecto de una cláusula limitativa o de una excepción, son demasiado numerosas y diversas como para enumerarse aquí. Entre las palabras de limitación están: *donde, cuando, solo, si, por lo que, siempre que*; entre las palabras de excepciones están: *excepto, sin, a menos que, excepto donde, excepto cuando, pero, sin embargo, pero no, pero no si, si no, sin embargo, no obstante*; y similares” (BENTHAM, 1970: 116 n. v; 2010: 126 n. a).

En ambos sentidos, el caso general e ilimitado que está constituido por todo el conjunto de circunstancias con que se puede atender la realización del acto, se divide en dos casos subordinados y más particulares: uno de los cuales *es* aquello que debe ser el acto a fin de ser del tipo que el legislador ordena que se realice; el otro, *no* lo es. De estos dos casos subordinados, es el uno o el otro que se menciona expresamente según si la cláusula está en forma limitativa o exceptiva. Una limitación, entonces, es una excepción indirecta; una excepción, es una limitación indirecta” (BENTHAM, 1970: 114; 2010: 124).

La idea de que las limitaciones y excepciones son co-dependientes lógicamente, la tesis de Bentham, presupone entonces dos cosas. La primera, y la más importante, la idea de que, en el caso de las excepciones, dado el colapso de la distinción entre excepciones *en y a* la norma, no existen palabras o formulaciones que use el legislador que permitan identificar *ex ante* una excepción, ya que, en principio, cualquier palabra en la Ley tiene un potencial exceptivo. Así, es fácil ver en qué falla la tesis de Bentham, ya que, no existirían criterios semánticos claros, esto es, palabras con las que el legislador califica circunstancias que le interesa mencionar en la Ley, ya que ellas mismas pueden confundirse con el segundo caso, considerando la potencialidad de cualquier palabra para constituir una circunstancia exceptiva. Esta situación se ve agravada, ya que usualmente la Ley contempla ambos tipos de normas cualificativas, es decir, combina excepciones y limitaciones.

Por ello, Bentham reconoce que el único criterio es el siguiente: “La forma en que pueden ser producidos, respectivamente, estos efectos [limitativos o exceptivos] depende del giro y el modo [*turn and fashion*] de la oración” (BENTHAM, 1970: 116 n. v; 2010: 126 n. a). Es decir, Bentham termina abandonado el criterio semántico que propone y termina abrazado uno funcional, que es lo que justamente defendí en la sección anterior para identificar a las limitaciones.

La consencuencia de esto, es que el argumento de Bentham conduce al colapso de *todos* los casos de normas alterativas en excepciones, que es justamente el fundamento de quienes creen en la lectura superficial del Convenio, los que defienden que las limitaciones no son más que excepciones inversas.

Pero, lo más relevante, sin embargo, es algo que señala Raz respecto del significado pragmático que tienen las excepciones y las limitaciones:

Estos principios no tienen una contrapartida obvia en el discurso jurídico ordinario, ya que no siempre se supone que cuando una cierta excepción se menciona explícitamente no existe otra excepción o que cuando se especifica una condición no existe otra condición. Por lo tanto, por lo general, las cláusulas excepcionales no pueden sustituir en el discurso ordinario las cláusulas limitativas de la manera que acabamos de describir. (RAZ, 1980: 58).

¿Pero por qué esta propiedad lógica de las limitaciones y las excepciones, su equipolencia, no se expresa en el discurso jurídico ordinario? La razón es que las limitaciones, a diferencia de las

excepciones, al menos en el sistema del Convenio, son formalmente diferentes. Mientras que las excepciones son específicas, las limitaciones son generales.³⁰⁴ En este sentido, no son equivalentes. La razón de esto, es que las excepciones fue la técnica legislativa adoptada por los redactores del Convenio para el caso de los derechos absolutos, donde su ámbito de protección está determinado en términos de prohibiciones absolutas. En cambio, para el caso de los derechos no-absolutos de los artículos 8-11, los redactores del Convenio adoptaron la técnica legislativa de las limitaciones, ya que en dichos derechos el ámbito de protección está indeterminado.

Por ello, si fuesen equipolentes como señala Bentham, conduciría a consecuencias desagradables respecto de los derechos. Uno tendría que concluir, por ejemplo, que el derecho establecido en el Art. 8 “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, aplicando el enfoque benthamiano, debería traducirse mediante paráfrasis,³⁰⁵ debería traducirse como ‘El Estado *x* debe abstenerse de vulnerar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión’. Si se considera ahora la cláusula limitativa establecida en el inciso segundo del artículo, la que señala que ella “no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”; ella debería traducirse como ‘El Estado *x* puede vulnerar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión para preservar la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás’.

¿Cuál es la razón en Bentham para hacer equivalente ambas categorías de normas cualificativas o alterativas? La explicación proviene de la doctrina de la ley completa que permite la individuación de las normas: “El primer y más importante principio de individuación de Bentham [es] que toda ley es una norma y una prescripción” (RAZ, 1980: 78). Dado que a Bentham le interesa poder dar cuenta, describir, todo un sistema jurídico a partir del material jurídico que se le presenta, para él todas las normas son mandatos o prohibiciones, las que son completas y que son interdefinibles entre sí; en el mismo sentido lo son las normas alterativas, las excepciones y limitación.

³⁰⁴ Esta cuestión se relaciona con la generalidad de las leyes mismas, como ya vimos que apunta HONORÉ, 1977: 108 y ss., y es el fundamento de la idea de hay excepciones *a* la norma que no están *en* la norma.

³⁰⁵ Así, las normas alterativas serían parte de leyes completas, lo que presupone que existen para, una vez cumplido su cometido, dejar de existir. Cabe destacar que Bentham propone una metodología general para analizar la legislación, por ejemplo, para identificar las normas completas de las subsidiarias, la que él denomina paráfrasis, cuyo propósito es eliminar las ficciones jurídicas, expresiones tales como ‘derechos’ (véase MORESO, 1986: 137). Para más detalles sobre dicho método, véase MORESO, 1986: 130-131.

Por ello, la tesis de Bentham de la equiparación lógica de limitaciones y excepciones se sustenta en su tesis de la ley completa, que descansa en su idea del objeto y aspecto de la ley.³⁰⁶ Este punto ha sido el que más dificultades teóricas tiene en Bentham. Es la razón de por qué para la Teoría del Derecho, Bentham sería un defensor del normativismo, esto es, una teoría “que mantiene que todas las normas jurídicas son normas directivas”.³⁰⁷ Por ello, para Bentham, las normas alterativas son supervinientes de otras, que él denomina leyes completas, las que pueden ser primarias o principales y secundarias o subsidiarias:³⁰⁸ ambas “son leyes completas. Son ‘dos leyes distintas, y no parte de una y la misma ley’” (MORESO, 1986: 135).

Por ello, Bentham compartía la tesis de que es posible describir tales leyes completas, incluyendo en un listado todos los fragmentos que son accesorios o subsidiarios a ellas, las normas alterativas, a fin de depurar de aquellas supervinientes a las leyes primordiales. A pesar de que la tesis de la ley completa retiene un interés teórico que luego explicitaré en la Parte II, ella violenta en dos sentidos la comprensión actual que tenemos de los sistemas jurídicos, como el del Convenio, y el papel que cumplen en él las normas alterativas.

³⁰⁶ Para Bentham, “los objetos de la ley son los actos”, donde acto debe ser interpretado como “la referencia de las leyes” (MORESO, 1992: 144-145). En este sentido, para Bentham, “el objeto de una ley es la referencia de una norma jurídica. La volición o deseo es el aspecto de una norma jurídica” (MORESO, 1992: 145). En lo que interesa aquí, lo más relevante es la idea de que el aspecto de la ley es el deseo o volición del legislador. De esta manera: “los aspectos o fases en las cuales la voluntad del legislador debe considerarse como presentando tales objetos en virtud de diferentes voliciones, inclinaciones o deseos que él pueda tener sobre ellos”. En este sentido, hay dos cuestiones esenciales a toda ley: “un acto de una especie u otra, siendo el objeto de un deseo o volición de parte del legislador; y un deseo o volición respecto del cual tal acto es el objeto” (BENTHAM, 1970: 93).

³⁰⁷ Sin embargo, hay razones para no hacerlo, ya que Bentham admite no solo que las leyes sean coercitivas o no-coercitivas, sino que también obligativas o de-obligativas. Estas normas no-imperativas son permisiones, a las que Bentham refiere como *undecisive mandates* (normas indecisivas, no mandatos indecisivos, que es la traducción de *commands*, véase MORESO, 1992: 141), los que para Bentham son “posibles y concebibles”, están “realmente en uso” y “deben ser usados para remover dudas” (BENTHAM, 1970: 99), Bentham reconoce varios tipos de *undecisive mandates* según su uso: reiterativos, alterativos, extensivos. Dado que “el único cometido de las leyes de-obligativas es destruir otras leyes [...] y después de realizar dicho cometido dejan de existir”, Bentham aceptaría que existen “normas cualificadoras”, por lo tanto, que “existe un tipo de leyes que no son obligativas (normas directivas) y que no son reducibles a partes de normas directivas” (MORESO, 1992: 164). Esto es clave para entender por qué la tesis de Bentham falla. Véase también RAZ, 1980: 76 y ss.

³⁰⁸ Las primarias o principios tienen una parte directiva o sancionadora: “La parte directiva es una expresión completa de la voluntad, una obligación o prohibición. La parte sancionadora es la expresión de un acto del entendimiento, una predicción, la expresión de una creencia según la cual si no se cumple la obligación de la parte directiva ocurrirá una sanción”. Por su parte, las secundarias o subsidiarias que “también llamada punitiva, la ley secundaria es la que obliga (al juez, habitualmente) a castigar a z si no hace A” (MORESO, 1986: 135).

El primero, que, como puso de manifiesto Hart, es imposible listar todas esas normas, esto es, la cuestión analizada antes sobre la derrotabilidad y las excepciones.³⁰⁹ La imposibilidad en términos pragmáticos, provendría de la forma, al menos en el sistema del Convenio, en que fueron adoptadas las excepciones y limitaciones en el Convenio. Mientras que las excepciones son específicas, *v.gr.* el Art. 4 “No se considera como ‘trabajo forzado u obligatorio’ en el sentido del presente artículo” y, por lo tanto, se debe entender en el mismo sentido para todos los Estados miembros; las limitaciones son genéricas, *v.gr.* “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones” y, por lo tanto, dependen justamente de la implementación de esa limitación que haga cada Estado miembro.

El segundo, que, como vimos a propósito de los derechos que contienen cláusulas de limitación en el Convenio, los derechos limitables o derogables son derechos sobre cosas abstractas, cuya obligación de protección debe ser determinada *ex post* por el juez a partir de elementos que el legislador ha pre-seleccionado.³¹⁰ Por lo tanto, no se puede dar la conversión lógica que Bentham supone entre limitaciones y excepciones: “una permisión con una excepción es equipolente a una prohibición con una limitación [...] una prohibición con una a excepción es equipolente a una permisión con una limitación” (BENTHAM, 1970: 116; 2010: 125-126).

Si fuera cierta la tesis de las leyes completas, entonces, los derechos no-absolutos del Convenio, aquellos sin una extensión de protección determinada, colapsarían todos en la obligación general de respetar los derechos y libertades que consagra el Convenio en su artículo 1. Pero incluso en este caso, dicho artículo no pasaría el método de Bentham, ya que el cumplimiento de esa obligación depende de la legislación interna de cada Estado, por lo que siempre serían obligaciones relativas al contexto de aplicación, el que es, como veremos en la Parte II, *ex hypotesi*, diverso y cambiante.

³⁰⁹ Quizás el más famoso defensor de la idea de es posible listar todas las excepciones a las normas, es Dworkin (DWORKIN, 2012a: 75). Sobre este ideal de Bentham, se ha dicho que: “El amor de Bentham por la luminosa claridad y certeza de la ley, lo llevó al sueño de una reconstrucción ideal de las reglas legales que contuviera todas las excepciones posibles. Ahora tenemos buenas razones para ser un poco más escépticos” (MORESO, 2014: 9).

³¹⁰ Un derecho sobre una cosa abstracta es, en este sentido, algo distinto a una norma no-directiva o permisiva. Pero incluso si pensáramos que son equivalentes, el problema es que Bentham solo reconoce un papel discreto a ellas: “la función principal de las normas no-directivas y permisivas es derogar [en el sentido de abrogar, el uso común en la Teoría del Derecho] mandatos y prohibiciones anteriores, es decir, permitir tiene la función de derogación de las normas jurídicas” (MORESO, 2014: 10).

En suma, todos estos elementos deben conjugarse para mostrar cuál es el error de la tesis de Bentham, lo que ayuda a explicar las bases o fundamentos de la confusión posterior.³¹¹ Los orígenes de la confusión me parece que son una forma de crueldad conceptual: heredamos la tesis de la co-dependencia lógica de las excepciones y limitaciones, y el método para su análisis, de quien fue, quizás junto a Burke, el más descreído y reputado crítico de las declaraciones universales de derechos de su tiempo. Lo paradójico es que sean algunos de los propios defensores de los derechos humanos quienes se basen en dicha tesis para defenderlos.

Por ello, cobra relevancia lo que señaló MacCormick: quizás nuestro problema esté en nuestra lógica para analizar los enunciados jurídicos que contienen derechos, cuya importancia el mismo Bentham ya acusaba. Dicha lógica sería incapaz de recoger las sutilezas lingüísticas, que se expresan en la práctica jurídica, sobre las normas alterativas y su papel que le cabe en la interpretación de los derechos. Obviamente, este no es el lugar de abordar este asunto, sino más bien es hora de reafirmar la distinción funcional entre limitaciones y excepciones, sin adoptar la tesis de Bentham, que es lo mismo que reconocer su identidad y especificidad conceptual.

Hay varios autores que en el último tiempo se han enfocado en comprender el papel especial que tienen las limitaciones en el sistema del Convenio y por qué deben ser distinguidas de las excepciones: “Las excepciones a que se refiere el Tribunal son las limitaciones a los derechos a que se refieren los párrafos segundos de los artículos 8, 9, 10 y 11, limitaciones que pueden ser confirmadas si son prescritas por la ley y necesarias en una sociedad democrática” (WEBBER, 2016: 3).

Pero esto ha llamado a un problema adicional, a saber, que, si bien, las limitaciones son una categoría distinta de las excepciones, lo que, ya vimos, supone no adherir a la tesis de Bentham, ello no impide que la lectura superficial del Convenio se sofisticue. Esto es, se deja atrás la lectura superficial del Convenio, pero se introducen otras formas de validar el corazón de ella, a saber, que de alguna forma las limitaciones son ataques o afectaciones a los derechos. En ese sentido, se reconoce que el uso de limitación en el sistema del Convenio: “Se refiere tanto a la definición restrictiva del alcance de la protección de un derecho fundamental como a las restricciones derivadas de la consideración de los intereses públicos e individuales compensatorios una vez que se haya establecido su alcance” (SOTTIAUX, 2008: 37).

³¹¹ En el caso del Convenio, como vimos, hay quienes que tratan justamente a las cláusulas de limitación como si fueran excepciones, por ejemplo, GREER, 1997: 7-8.

Para clarificar este punto, volvamos a la definición funcional que dimos de limitación: norma alterativa que agrega o introduce elementos pre-seleccionados que se deben tener en cuenta *a posteriori* a fin de determinar la extensión de la protección de un derecho, operación que, como vimos, no se realiza de manera permanente ni con efectos generales, debido a la estructura triádica que la aplicación práctica de esas limitaciones ha tenido en el sistema del Convenio.

¿Cómo sabemos en la práctica que estamos frente a una cláusula de limitación? Porque una cuestión es saber en qué consiste conceptualmente una limitación, otra cosa distinta es calificar que ciertas normas del Convenio lo son o contienen una. Este punto es crucial, no solo para ubicar conceptualmente al Margen de Apreciación, sino para mostrar por qué la definición formal que dimos de limitación no se compromete con la lectura superficial sofisticada del Convenio. La respuesta a esta pregunta, pasa por determinar cuál es el papel que dichas limitaciones tienen en la protección de los derechos que el Convenio consagra.

Se ha defendido que hay tres elementos que ayudan a identificar cuándo estamos frente a casos de limitaciones. De la clarificación de ellas depende su conceptualización adecuada.

La primera, se refiere a la *forma de las cláusulas de limitación*.³¹² Ellas pueden adoptarse en forma de: cláusulas de limitación específicas, cláusula de limitación generales y cláusulas híbridas

³¹² Los instrumentos que consagran derechos se decantan por dos vertientes en lo que respecta al establecimiento de limitaciones de los derechos que consagran. Así, unos establecen derechos sin cualificación alguna y establecen una cláusula general de limitación de derechos, algo similar a lo que ocurre en el derecho constitucional nacional. Por ejemplo, el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del número del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este también era el caso del Convenio, donde durante los trabajos preparatorios, se introdujo, por moción de Pierre-Henri Teitgen, una cláusula general de limitación en la sesión de la Asamblea Consultiva, con fecha 30 de agosto de 1949, la que rezaba: “En el ejercicio de los derechos y el disfrute de las libertades garantizados por este Convenio, toda persona solo estará sujeta a aquellas limitaciones que estén previstas por Ley, con el solo objetivo de garantizar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de otros, y en orden a satisfacer los requisitos adecuados de la moralidad, el orden, la seguridad pública y el bienestar general en una sociedad democrática” (CONSEJO DE EUROPA, 1975: 178). Sin embargo, su redacción fue cambiada posteriormente, en la sesión del Comité de Expertos de fecha 6 de marzo de 1950, a petición de los expertos de Reino Unido Oscar Dowson y Martin Le Quesne, ubicándose ahora individualmente en el segundo párrafo de alguno de los artículos del Convenio (véase CONSEJO DE EUROPA, 1976: 280-294). La otra vertiente, consiste en establecer limitaciones o restricciones específicas para cada derecho, aunque, como señalé, no para todos. Este es el caso, por ejemplo, de los artículos 12 (libertad de conciencia y religión), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión) y 16 (libertad de asociación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que además contempla: en su artículo 27, un mecanismo de suspensión de garantías, equivalente a las derogaciones en caso de excepción del artículo 15 del Convenio; en su artículo 30, una norma para determinar el alcance de restricciones (que señala: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”); y en su artículo 32, una norma que establece un criterio para la correlación entre deberes y derechos (que reza: “Los derechos de cada persona

(véase BARAK, 2012: 141 y ss.), dependiendo de si el instrumento de que se trate establece dichas cláusulas de manera especial y explícitamente para cada derecho o libertad que se busca limitar (justamente el inciso segundo de los artículos 8-11 del Convenio es un buen ejemplo); si el instrumento no las establece de esta manera y, en su lugar, adopta una única cláusula común que se aplica a todos o algunos de los derechos (por ejemplo, el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); y si finalmente adopta ambos tipos de cláusulas (por ejemplo, como en la Constitución de Sudáfrica).

El segundo, se refiere al tipo de *técnica de limitación* que se puede utilizar, así “existen dos tipos de disposiciones constitucionales relativas a los derechos: en primer lugar, las disposiciones constitucionales que determinan los límites del derecho que contienen los calificativos internos del ámbito de aplicación del derecho”,³¹³ la segunda “las disposiciones constitucionales que determinan las circunstancias en que el derecho —según su alcance determinado— puede ser justificadamente limitado dentro del nivel subconstitucional” (BARAK, 2012: 33).

Esto, como vimos, es lo que decía Sottiaux sobre el Convenio (SOTTIAUX, 2008: 37). En este sentido, las disposiciones que califican derechos determinan el alcance del derecho, no sus limitaciones. Por ello, “tales disposiciones no deben considerarse como ‘limitaciones internas’ del derecho, sino como ‘modificadores internos’, ‘cualificaciones’ o ‘demarcaciones’. De manera relevante, ellas contienen una parte del alcance del derecho y no una parte del alcance de su protección” (BARAK, 2012: 34). En el Convenio se llaman delimitaciones: “las restricciones sobre los derechos del Convenio pueden resultar de la forma en la cual el derecho ha sido formulado, mediante una cláusula o frase que delimita el alcance de la protección de ciertos derechos y explícitamente excluye áreas específicas o personas de su alcance de protección, o ‘delegan’ en las autoridades del Estado la responsabilidad de regular el ejercicio de ciertos derechos” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342). Así que, en realidad, este elemento no es nada más que la distinción entre excepciones y limitaciones.

están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”).

Lo mismo ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que contempla restricciones y limitaciones para los siguientes derechos: artículo 12 (derecho a la libre circulación y residencia), artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), artículo 19 (libertad de expresión), artículo 21 (derecho de reunión), artículo 22 (derecho de asociación); asimismo, cuenta en su artículo 4 con un mecanismo para la suspensión de garantías (semejante también al artículo 15 del Convenio), en su artículo 5 establece reglas de interpretación de las restricciones y en el 25 una referencia indeterminada, a través de la fórmula genérica ‘restricciones indebidas’, de limitaciones a la participación política. Finalmente, otro tanto ocurre con la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, que establece restricciones específicas en sus artículos 11 (libertad de reunión) y 12 (libertad de tránsito y de residencia).

³¹³ Para un análisis de los diferentes métodos de limitación de derechos, véase BARAK, 2012: 131 y ss.

El tercero, se refiere a los *modelos teóricos de limitación de derechos*, los que permiten comprender la operación que realiza el Tribunal al realizar dichas limitaciones. Se trata del modelo de dos etapas y del modelo de una etapa. El primero, “se basa en el hecho de que la posibilidad de establecer límites a los derechos está prevista o puede derivarse de una determinada declaración de derechos” y presupone la distinción entre aquello que cae dentro del alcance del derecho y la extensión de la protección, las que no necesariamente pueden coincidir. Se denomina modelo de dos etapas porque el ejercicio que debe realizar el Tribunal consiste primero “en la determinación del alcance del derecho” para luego realizar “la determinación del alcance de las limitaciones del derecho” (véase BARAK, 2012: 21). El segundo, “el modelo de una etapa se caracteriza por la ausencia de posibilidades de limitación” (VAN DER SCHYFF, 2005: 11-12).

Estos dos modelos, son un eco de la distinción del derecho constitucional entre una teoría interna y otra externa de las restricciones a derechos constitucionales, la que fue popularizada en nuestro medio por Alexy.³¹⁴ Para la teoría externa: “el concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas —el derecho y sus restricciones— entre las cuales se da un tipo de relación especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces, existe, primero el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido”. Por su parte, para la teoría interna: “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el del límite” (ALEXY, 1993: 268-269).³¹⁵

Debe hacerse la salvedad de que no necesariamente la estructura de las disposiciones, la forma en que han sido redactadas, determina el modelo de limitación que se adopta. En este sentido se ha dicho que:

La limitación de los derechos en términos del Convenio puede clasificarse de diversas maneras. Por ejemplo, un método alternativo de clasificación se basa en la simple presencia o ausencia de la posibilidad expresa de limitar los derechos. Este método es popular entre varios autores. Sin embargo, el estudio actual opta por basar su clasificación en el hecho de que prevalece en la realidad un enfoque de dos etapas o de una etapa, en lugar de la distinción, un tanto formalista, basada en las disposiciones de limitación expresa, ya que esta última distinción no refleja la verdadera naturaleza de la aplicación de los derechos. Por lo tanto, aunque tal clasificación formalista, sin duda, actúa como una ayuda en la investigación actual, no debe ser confundida como sinónimo de una investigación basada en una distinción entre los modelos en dos etapas y en una etapa. (VAN DER SCHYFF, 2006: 14-15 n.11).

³¹⁴ Alexy ha extendido este modelo, véase ALEXY, 2003. Para una crítica bien fundada, MORESO, 2007.

³¹⁵ Se ha buscado aplicar esta concepción de la ponderación al sistema del Convenio, véase BOROWSKI, 2007.

El enfoque formalista del que habla Van der Schyff, o, como dijimos, descriptivo de los derechos, es por el contrario muy útil, porque permite comprender por qué estos tres elementos que deberían decirnos cuándo estamos ante una cláusula de limitación, no pueden hacerlo por sí solos:

Respecto de la forma de las cláusulas de limitación (específicas, generales e híbridas), vimos que el Convenio adopta cláusulas de limitación específicas (artículos 8-11) y el Tribunal, como vimos, ha reconocido las limitaciones propiamente tales en los artículos antedichos, pero ha terminado por rechazar las limitaciones por delimitación y las implícitas en el caso de los artículos 8-11, “sobre la base que la posibilidad de restricciones legítimas sobre los derechos del Convenio están enumeradas de forma exhaustiva, sin espacio para ‘limitaciones inherentes’” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 345).

Respecto de los modelos teóricos de limitación de derechos (dos etapas y una etapa), hemos visto también que el Tribunal ha utilizado, en el caso de los artículos 8-11, un modelo de dos etapas (VAN DER SCHYFF, 2005: 15), aunque ha extendido la aplicación de ese modelo para los derechos que no contienen específicamente cláusulas de limitación, como es el caso del derecho a la educación, consagrado en el art. 2 del Protocolo No. 1, cuestión que, como veremos, tuvo ocasión de analizar en el caso *Belgian Linguistic*.

El problema lo presenta la denominada técnica de limitación, ya que vimos largamente que es menester distinguir conceptualmente entre excepciones y limitaciones. Más aún, también vimos que, por esta razón, el Tribunal ha reservando el modelo de una etapa para el caso de derechos considerados absolutos, como tuvo ocasión de realizar para el art. 3 en el caso *Soering v. the United Kingdom* (véase VAN DER SCHYFF, 2005: 18-19), donde el Tribunal reconoció que la prohibición de la tortura incluía dentro de la extensión de su protección, que una persona no fuera extraditada si en el Estado receptor pudiera correr peligro de ser torturado. La delimitación de este derecho, basado supuestamente en un modelo de una etapa, conformaría una obligación positiva que tendrían los Estados para proteger y garantizar los derechos del Convenio.

Así que estos tres elementos serían insuficientes para determinar cuándo estamos ante un caso de limitación, ya que presuponen un elemento textual, formal o estructural adicional, al que ya hicimos referencia: la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos.

Todo ello nos muestra por qué el Margen de Apreciación está íntimamente ligado a las limitaciones: por qué afirmar que el Margen de Apreciación se aplica solo en los casos de cláusulas de limitación, supone clarificar conceptualmente qué es una limitación, lo que fue presentado, junto a la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos, como un criterio formal,

textual o estructural que ayuda a determinar el contexto de aplicación de la DMA. Veamos ahora cómo operarían juntos estos criterios, para lo cual tomemos un ejemplo.

Por ejemplo, el Convenio utiliza la expresión ‘necesario’ en los artículos 2 (2) (“La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario [...]”) y 9 (2) (“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más limitaciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias [...]”). Dicha expresión (‘necesario’) sería un término equivalentemente vago, que en principio debería provocar la aplicación del mismo test de tres pasos (o también llamado test de necesidad) establecido por el propio Tribunal.³¹⁶ Sin embargo, el Tribunal ha dicho que no es posible equipararlos:

En este sentido, el uso del término ‘absolutamente necesario’ en el artículo 2 (2) indica que se debe emplear una prueba más estricta y más convincente de la necesidad de la que normalmente sería aplicable cuando se determina si la acción del Estado es ‘necesaria en una sociedad democrática’ con arreglo al apartado 2 de los artículos 8 a 11 (art. 8 -2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) del Convenio. En particular, la fuerza utilizada debe ser estrictamente proporcional a la consecución de los objetivos establecidos en los apartados 2 (a), (b) y (c) del artículo 2 (art. 2-2-a-b-c).³¹⁷

¿Por qué no es posible equipararlos? Si seguimos los tres elementos planteados para identificar cuándo estamos ante casos de limitación, tendríamos que concluir que ambos casos son casos de limitaciones, porque ambos derechos poseerían cláusulas de limitación específicas (sus disposiciones utilizan expresiones semejantes), y, además, ambos derechos llamarían a la aplicación de un modelo teórico de limitación de dos etapas (lo que propio Tribunal sugiere). La diferencia, que acusa el Tribunal, entre el tipo de interpretación que debe hacerse en cada caso, tendría que darse por el tercer elemento restante: por la técnica de limitación (excepción o limitación). ¿Cómo sabemos qué técnica deberíamos emplear? ¿Y por qué en el caso del artículo 2 ella debería ser más estricta que en el caso de los artículos 8-11? Porque si en ambos casos estamos frente a un caso de limitación (limitación propiamente tal y limitación por delimitación), entonces, en principio, debería aplicarse la misma técnica, como de hecho vimos que el Tribunal

³¹⁶ Como vimos, el test de tres pasos, fases o necesidad fue desarrollado por el Tribunal a partir de los casos *Handyside v. United Kingdom*, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976, §48 y *Silver and others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, sentencia 25 de marzo de 1983, §97. Véase VAN DIJK *et. al.*, 1990: 588-592 y 2006: 340-342.

³¹⁷ Caso *McCann and others v. United Kingdom*, aplicación No. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, §149. Véase CALLEWAERT, 1998: 9.

hace en otros casos.³¹⁸ ¿Pero no trata este elemento justamente de diferenciar aquellos casos donde se califica el alcance del derecho y no las limitaciones de su protección?

Es evidente que la diferencia que acusa el Tribunal se debe a otra cosa, así que, además de causar confusión, este elemento sería dependiente de otros elementos, que sí da sentido a la diferencia que el Tribunal acusa entre el tratamiento distinto que debe a dar a ambos derechos: la distinción entre derechos absolutos y no-absolutos. Por ello, no solo es más adecuado separar las limitaciones de las excepciones, sino que además hacer explícito lo que está implícito en el razonamiento del Tribunal. Así, en el mismo caso el Tribunal antes señaló:

El Tribunal considera que las excepciones delineadas en el párrafo 2 indican que esta disposición (artículo 2-2) se extiende, pero no se refiere exclusivamente, a la muerte intencional. Como ha señalado la Comisión, el texto del artículo 2, en su conjunto, demuestra que el párrafo 2 (artículo 2-2) no define en primer lugar los casos en que se permite matar intencionalmente a un individuo, sino que describe las situaciones en que se le permite ‘usar la fuerza’ que puede resultar, como una consecuencia no deseada, en la privación de la vida.³¹⁹

Entonces, el Tribunal utiliza profusamente estos elementos textuales, formales o estructurales en la manera en que enfrenta los problemas de interpretación que surgen. Por lo que este enfoque formalista o descriptivo sí tiene un papel relevante a la hora de hablar de limitaciones y de Margen de Apreciación.

En suma, estos aspectos textuales, formales o estructurales nos muestran que se debe distinguir entre diversos tipos funcionales de normas alterativas de derechos, las que conceptualmente poseen una finalidad determinada: en el caso de las reservas, existe un derecho, pero se afecta su alcance o protección; en el de las excepciones (*en la norma*), existe un derecho, pero se afecta su alcance; en el de la derogación, hay un derecho pero se autoriza temporalmente su suspensión o cancelación, mediante un caso genérico, circunstancias excepcionales que amenacen la vida de la nación, que el Tribunal debe calificar *a posteriori*; finalmente, en el caso de las limitaciones, corresponde a derechos a cosas abstractas, donde el ámbito de protección del derecho fue dejado

³¹⁸ Recordemos que, por limitación por delimitación se entienden dos cosas: las excepciones de las que ya hablamos y los casos donde el Convenio delega a las autoridades nacionales el deber de tomar ciertos pasos positivos (VAN DIJK *et al.*, 2006: 342). Este segundo caso es, por ejemplo, el del artículo 12 del Convenio, que establece el derecho a contraer matrimonio, pero no posee formalmente una cláusula de limitación al estilo de los artículos 8-11, sino con señalando que ese derecho se regula “según las leyes nacionales”, lo mismo hace el artículo 5 del Protocolo No. 7, que establece la igualdad entre esposos, señalando que “El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos”. En estos casos, “las autoridades nacionales están ‘asignadas’ para gobernar el alcance de la aplicación de ciertos derechos también en relación con los cuatro derechos garantizados bajo el Protocolo No. 7” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 343).

³¹⁹ Caso *McCann and others v. United Kingdom*, aplicación No. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995, §148.

deliberadamente indeterminado por el legislador, por lo que debe ser completado por el Tribunal en cada aplicación dependiendo del contexto y los principios del Estado miembro de que se trate, razón por la cual posee una estructura triádica.

Lo que dice Schauer respecto de las excepciones, vale también respecto de las limitaciones: “Empleamos la vaguedad para darnos maneras más flexibles de lidiar con las incertidumbres que existen al margen de la indeterminación de cualquier derecho” (SCHAUER: 1981: 229). En este sentido, estos derechos no-absolutos, que tiene adscritas cláusulas de limitación, son genuinamente una resplandeciente obscuridad: sabemos con claridad qué los tenemos porque tenemos instrumentos que los consagra, son capaces de informar las prácticas jurídica y tienen un significado cultural que provee insumos morales para el buen trato entre los ciudadanos; pero, al mismo tiempo, permanece en la oscuridad un aspecto clave: el ámbito de su protección y, por lo tanto, buena parte de su fuerza normativa.

Si es cierto que adoptamos estos derechos de esta manera, para ganar cierta flexibilidad en su implementación, entonces esta cuestión debería impactar en la manera en que debemos concebir los derechos humanos que consagra el Convenio, cuestión que analizaremos en la Parte II, donde las normas que consagran derechos humanos no parecen ya reglas, sino más bien estándares, lo que, desde un punto de vista de la técnica legislativa, se explica justamente por el intento de preservar un espacio político europeo habitable, mediante un esquema componible de derechos, que es en el fondo lo que la DMA busca respetar.³²⁰

Así, develada la finalidad práctica de las limitaciones, queda, a su vez, al descubierto la finalidad del Margen de Apreciación: un principio interpretativo que permite regular o controlar la implementación flexible del Convenio que le corresponde a los Estados miembros, la que surge debido a la interacción entre el nivel nacional y europeo donde dicha implementación se despliega.

Cuáles sean las razones que permitan justificar esta forma de entender las finalidades de las limitaciones y, por ende, del Margen de Apreciación, es lo que analizaremos en la Parte II.

³²⁰ Por ejemplo, se ha dicho que las normas que consagran derechos no son reglas, sino estándares. En este sentido, la “elección de reemplazar reglas por estándares puede también ser analizada como una elección política. Ello marca una preferencia por el pluralismo y la diversidad por sobre la uniformidad en la aplicación del derecho, y el empoderamiento de y la potenciación de la descentralización de la toma de decisiones nacionales a expensas de sus homólogos internacionales”. De cualquier manera, las consecuencias de esta decisión son, obviamente, la reducción de la certeza jurídica, dado que “su aplicación es siempre dependiente de las circunstancias” (SHANY, 2006: 914-915).

Parte II. Una justificación para el Margen de Apreciación.

“Now I'm finding truth is a ruin
Nauseous end that nobody is pursuing”
Trevor Dunn.³²¹

“Consuélame otra vez
Porque no pienso volver
El suelo tiene sed
La vida es imprecisa
Déjate caer”
Álvaro Henríquez y Roberto Lindl.³²²

³²¹ MR. BUNGLER (1999). “Retrovertigo”, en *California* [CD]. Los Angeles, CA: Warner Bros. Records.

³²² LOS TRES (1995). “Déjate caer”, en *La Espada & la Pared* [CD]. México, D.F.: Columbia Records.

1. Los problemas justificatorios.

En la Parte I, vimos que existen tres criterios fundamentales para determinar la procedencia y magnitud del Margen de Apreciación que el Tribunal le concede a los Estados miembros, a la hora de implementar algunos derechos establecidos en el Convenio:

(1) La identificación de elementos formales, textuales o estructurales que inciden en su aplicación. Hicimos referencia a dos: i) La distinción entre derechos absolutos y no-absolutos, mostrando que la DMA solo se aplica en el caso de los segundos; ii) El reconocimiento de las normas alterativas de derechos que el Convenio contempla, entre las que cabe distinguir a las reservas, las derogaciones, las excepciones y las limitaciones, y las relaciones conceptuales que existen entre ellas. Vimos que es mejor restringir la aplicación de la DMA a aquellos derechos que poseen una cláusula de limitación explícita.

Estos elementos se usan *ex ante* para determinar la *procedencia* del Margen de Apreciación, ya que es posible identificarlos en el Convenio a partir de una reconstrucción sistemática de sus disposiciones.

(2) La presencia o ausencia de consenso y valores comunes entre los Estados Parte. Para constatar la existencia de dicho consenso o valores comunes, el Tribunal ha precisado una metodología: el método comparativo, que busca identificarlos inductivamente a partir de las prácticas jurídicas de los Estados miembros. Para apoyarse en esta labor, el sistema del Convenio ha creado una División de Investigación, la que ahora tiene a su cargo la realización de dicha labor comparativa.

Lo relevante, es que la DMA se aplicaría ante ausencia de consenso y valores comunes en las prácticas jurídicas de los Estados miembro, frente a lo cual el Tribunal debe atender a las particularidades contextuales del Estado de que se trate.

(3) La identificación de derechos fundamentales para una sociedad democrática y pluralista. Frente a la ausencia de consenso y valores comunes europeos discernibles, el Tribunal debe atender al contexto del Estado de que se trate. Para determinar qué elementos del contexto deben ser legítimamente tenidos en cuenta, los que se expresan en los fines u objetivos legítimos pre-seleccionados en las cláusulas de limitación y que sirven de justificación *prima facie* de las medidas de interferencia que adoptan los Estados, el Tribunal realiza un ejercicio argumentativo que consiste en comparar dichas medidas con un estándar ideal, el que el Tribunal construye preguntándose si los derechos interferidos son esenciales para una sociedad democrática y pluralista. En otras palabras, el Tribunal aplica o pone en juego, en el caso concreto, los principios o valores de la democracia y el pluralismo, buscando garantizar que dichas medidas de

interferencia se hayan adoptado por el Estado miembro resguardando a las minorías y evitando el abuso de una posición dominante en el proceso democrático.

Esto determina la extensión del Margen de Apreciación, ya que, a pesar de la ausencia de consenso y valores comunes, es posible que la amplitud del Margen de Apreciación se reduzca en la medida de que el derecho afectado sea fundamental para un sistema democrático y pluralista en el antedicho sentido.

Los criterios (2) y (3) tienen lugar *ex post* y ocurren en la aplicación del test de tres pasos. Dado que las cláusulas de limitación operan en la práctica con una estructura triádica: derechos, principios y contexto o fines legítimos, principios y contexto; como vimos, la combinación de esos elementos puede cambiar en cada caso concreto que el Tribunal conozca, por lo que así lo hará también la *magnitud* del Margen de Apreciación.

A partir de estos criterios mostré, en la Parte I, cómo, si se lograba develar la finalidad práctica de las limitaciones, se podía apreciar la finalidad práctica del Margen de Apreciación: un principio interpretativo que permite regular o controlar la implementación flexible del Convenio que le corresponde a los Estados miembros, que surge debido a la interacción entre el nivel nacional y europeo donde dicha implementación se despliega, y que busca, mediante los valores estructurales de la democracia y el pluralismo, realizar un esquema composable o practicable de derechos y libertades en una Europa diversa.

Esta estrategia argumentativa para enfrentar el problema de conceptualización del Margen de Apreciación, supuso, en consecuencia, comprometerme con las siguientes tesis:

(T1) La metodología más adecuada para enfrentar este problema es buscar la respuesta en los criterios de aplicación desarrollados por el Tribunal para determinar la procedencia y magnitud del Margen de Apreciación.

En la Parte I, mostré que la conceptualización del Margen de Apreciación no puede provenir de una mera inducción de sus usos en la jurisprudencia de Tribunal, ya que ello opaca su finalidad práctica, la que se relaciona con la interpretación de las cláusulas de limitación. Además, denuncié el peligro de la inversión metodológica de tratar de elucidar el concepto del Margen de Apreciación a partir de una función pre-concebida del Tribunal.

Más bien, como vimos, el camino adoptado fue el que señaló el juez MacDonald: con la clarificación de la idea de Margen de Apreciación se puede despejar el camino para el desarrollo de una conceptualización de la función del Tribunal dentro del sistema de protección de derechos humanos europeo.

Este enfoque que ofrecí sobre la DMA, supuso construir una explicación desde la práctica, mediante una elucidación de sus fundamentos racionales: sus presupuestos de aplicación y su relación con una categoría especial de normas alterativas que contempla el Convenio, a saber, las limitaciones a derechos. De allí que, este enfoque haya supuesto que el tratamiento teórico de los derechos que consagra el Convenio se corresponde al de los derechos jurídicos, no morales. Esto demanda una justificación.

(J1) *¿Cuáles son las razones que permiten comprender a los derechos del Convenio como derechos jurídicos?*

Aquí es menester mencionar cuál es la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos, como categoría especial de las normas de derecho internacional público.

Ya vimos que, para el caso de los derechos absolutos, las normas de derecho internacional de los derechos humanos se apoyan en la idea de *ius cogens*, es decir, normas imperativas, no-derogables y que miran al interés de la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, vimos que la idea misma de comunidad internacional es problemática, ya que su pertenencia a ella se basa en las relaciones recíprocas que voluntariamente los Estados quieren mantener; lo que, en ciertas circunstancias, cuestiona la efectividad de la protección de los derechos humanos. Este problema tampoco se resuelve apelado a un orden público internacional, porque dicho orden se configura justamente a través de las normas imperativas de derecho internacional, lo que sería un razonamiento circular. Por la misma razón, sugerí la conveniencia de separar esta concepción de los derechos absolutos del problema de sus efectos, esto es, su imposición *erga omnes*.

Pero no he dicho nada respecto de la especificidad de los derechos humanos en su conjunto, considerados como un único catálogo de derechos. Esto es relevante, habida cuenta de la forma clásica de dar cuenta de los derechos humanos: derechos que todos los seres humanos tienen por el solo hecho de ser tales. Dicha definición surge de dos principios que usualmente se adscriben a ellos: el principio de indivisibilidad y de universalidad de los derechos humanos, al que se le suma el de su carácter absoluto.

Como vimos en la Parte I, a propósito de la discusión sobre los derechos humanos absolutos, no hay nada en los derechos mismos, alguna propiedad especial, por ejemplo, su no-derogabilidad, que permita por sí sola calificarlos como tales. Por ello, se ha intentado buscar su especificidad en la naturaleza de los instrumentos, e interpretación de las normas, que los establecen. Así se ha dicho que:

A diferencia de los tratados internacionales, los tratados de derecho internacional de derechos humanos, como el Convenio, generan obligaciones generales, no-recíprocas y objetivas entre los Estados Parte. Además, los derechos humanos internacionales usualmente se garantizan como principios y no como reglas. Finalmente, los derechos humanos internacionales son usualmente redactados de forma muy abstracta para permitirle a los Estados Parte especificarlos en contexto. (BESSON, 2011: 150).

Pero, nuevamente, ello supone adscribir a las normas que establecen derechos unas características definitorias (los efectos que producen o su forma de redacción) que no permiten, por sí solas, determinar su especificidad. Así que, si dicha especificidad no puede provenir de determinadas características que posean las normas de derecho internacional que establezcan derechos, ¿de dónde proviene entonces?

Se ha sugerido que ella se encuentra, más bien, en la clase de relación que establecen, *qua* norma de derecho internacional, los convenios que consagran derechos humanos. Esto es, su especificidad provendría de la manera en que se concibe la relación entre los Estados y las personas. Mientras que, en el caso del derecho internacional público, en general, cabe un modelo horizontal para comprender dicha relación, “una red horizontal de relaciones entre Estados iguales y soberanos que reconocen principios mutuamente obligatorios”; en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, por el contrario, se debe entender que establece un modelo vertical para comprender dicha relación, “los Estados se comprometen, por consentimiento, en cómo tratar a sus propios sujetos dentro de su propia jurisdicción” (ZYSSET, 2017: 96). Hemos visto que muchos de los problemas del Margen de Apreciación tienen que ver justamente con que esta doctrina, a pesar de aplicarse a derechos humanos, muestra su dependencia al derecho internacional, por lo que conjuga el modelo vertical con el modelo horizontal, a fin de dar cuenta de dicha relación.

Queda pendiente explorar si para efectos de conceptualizar la DMA, hay algún beneficio en considerar a los derechos humanos como derechos morales. Más adelante abordaremos brevemente este asunto.

T2) A pesar de que la determinación de la magnitud del Margen de Apreciación ocurre en el test de tres pasos, su relevancia conceptual ocurre en la operación de limitación.

Como vimos, el control que realiza el Tribunal sobre las limitaciones a los derechos que aplican los Estados miembros, no es solamente un producto residual de la determinación de si hubo o no violación a las obligaciones del Convenio, que es lo que busca el test de tres pasos desarrollado con ese fin por el Tribunal.

Dicha cuestión, se aprecia mejor en la aplicación del Margen de Apreciación a propósito del juicio de admisibilidad de las demandas donde, *ex hypothesi*, el Tribunal no puede aplicar el test de tres pasos de manera análoga a como lo hace cuando conoce el fondo del asunto. Por ello, si el Tribunal decide inadmitir la demanda por falta manifiesta de fundamento, ya que el asunto está cubierto por el Margen de Apreciación, implícitamente estaría reconociendo que determinada medida de interferencia es legítima, sin haber tenido que aplicar el test de tres pasos.³²³

Como vimos, esto muestra que, conceptualmente, con motivo de la aplicación de una cláusula de limitación, la operación de limitación de los derechos es distinta de la operación que busca determinar si hubo o no violación de las obligaciones que impone el Convenio, razón por la cual, su decisión en estos casos es análoga, como dice el Manual de Admisibilidad, a la que Tribunal adoptaría en una sentencia que declara en relación con el fondo del asunto que no hay violación del Convenio.

J2) *¿Cuál sería la justificación para la distinción entre ambas operaciones, la de determinación de la violación y la de limitación?*

Esto guarda relación con la autoridad que tiene el Tribunal, esto es, con el poder obligatorio que poseen sus sentencias respecto de los Estados miembros: se trata del denominado efecto *erga omnes* de sus decisiones.³²⁴

En este sentido, es posible distinguir una autoridad jurisprudencial y una autoridad decisional del Tribunal. La primera, también llamada interpretativa, “es la autoridad de interpretación sobre un derecho del Convenio en una sentencia del Tribunal. Una vez dada a conocer por el Tribunal, dicha interpretación se vuelve una parte integral de la autoridad del derecho del Convenio mismo”. Esta autoridad, como vimos, es la que conforma el *acquis conventionnel* del Convenio y se vincula con su comprensión como un instrumento vivo. La segunda, “es la autoridad de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal y se suma a la autoridad del derecho del Convenio

³²³ Más adelante veremos que este es un defecto de la propuesta de Letsas.

³²⁴ No se debe confundir con la discusión del efecto *erga omnes* de las obligaciones que emanan para los Estados de los derechos absolutos. Como vimos en la Introducción, el sistema del Convenio ha sido reforzado mediante distintas medidas a lo largo de su historia. Luego del Protocolo No. 14, pero antes de la declaración de Brighton y del Protocolo No. 15, se celebró en Interlanken, Suiza, la Conferencia de Alto Nivel sobre el futuro del Tribunal, la que se materializó en la Declaración de Interlanken, donde se enfatizó el efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal. De esta manera, es posible encontrar apoyo en la práctica del sistema del Convenio para justificar dicha distinción. La Declaración, establece un Plan de Acción de 12 puntos, entre cuyos tópicos se cuenta la aplicación del Convenio a nivel nacional, destacando el punto 4, que señala: “La Conferencia recuerda que es, en primer lugar y, ante todo, responsabilidad de los Estados Partes garantizar la aplicación e implementación del Convenio y pide, en consecuencia, a los Estados Partes que se comprometan a: [...] b) ejecutar plenamente las sentencias del Tribunal, velando por que se tomen las medidas necesarias para prevenir otras violaciones similares”. Para un análisis de lo señalado en el Plan de Acción, véase BESSON, 2011.

en juego. Como tal, solo obliga al Estado Parte interesado en la sentencia” (BESSON, 2011: 129). Mientras que la primera surge de la práctica interpretativa misma del Convenio que realiza el Tribunal, la segunda encuentra su fundamento en el artículo 46 del Convenio.

De esta manera, es posible justificar la operación que realiza el Tribunal en la determinación si hubo violación o no de las obligaciones del Convenio, mediante la autoridad decisional; y, por su parte, la justificación de la operación de limitación, mediante la autoridad jurisprudencial que posee el Tribunal.

Queda pendiente de qué manera esta operación de limitación se despliega en la práctica, lo que veremos brevemente más adelante.

T3) Para conceptualizar al Margen de Apreciación es preferible adoptar una visión restringida respecto de los derechos sobre los que se aplica.

Como mostré en la Parte I, una adecuada conceptualización del Margen de Apreciación, supone restringir su aplicación al caso de las cláusulas de limitación, ya que es allí donde la práctica se aprecia en su mejor luz; para lo cual, tuve que distinguir funcionalmente las limitaciones de otro tipo de normas alternativas, buscando reducir su ambigüedad.³²⁵ Especialmente, enfatiqué la importancia de distinguir las limitaciones de las excepciones.

Vimos que las cláusulas de limitación, *qua* normas alternativas de derechos, poseían una finalidad bastante clara: al estar adscritas a normas que establecen derechos cuya extensión de protección está indeterminada (derechos no-absolutos), ello permite a los Estados miembros tener cierta flexibilidad para implementar, según su propio contexto jurídico, social, cultural, económico, etc., la protección de esos derechos, a costa de introducir cierta vaguedad en ellos.³²⁶

T4) A diferencia de la operación de determinación de si hubo o no violación a las obligaciones que impone el Convenio, la operación de limitación busca preservar el ethos del Convenio.

En la aplicación de las cláusulas de limitación adscritas a los artículos 8-11 del Convenio, el Tribunal se comporta como un garante del *ethos* del Convenio. Más que de obligaciones específicas para el Estado que emanan del Convenio, lo que se sustenta en su autoridad decisional, el Tribunal busca preservar un estado de cosa valioso: un esquema practicable de derechos y libertades, lo que solo es posible si se respetan los principios o valores de la democracia y el

³²⁵ Sobre el concepto jurídico de ambigüedad, véase MORESO y VILAJOSANA, 2004: 152-153.

³²⁶ Sobre el concepto jurídico de vaguedad, véase MORESO y VILAJOSANA, 2004: 154-155.

pluralismo, lo que busca garantizar el trato justo de las minorías y evitar el abuso de una posición dominante en el proceso democrático.

En este aspecto, el funcionamiento del Tribunal se asemejaría bastante al de un tribunal constitucional.³²⁷ De allí que sea plausible concebir, la regulación y control en la aplicación de las limitaciones, como una práctica guiada por dos principios estructurales y co-dependientes, que serían parte del *ethos* del Convenio, principios que el Margen de Apreciación ayuda a poner de manifiesto y que busca preservar: la democracia y el pluralismo. Y no solo, como vimos, porque así lo ha dicho el Tribunal en su jurisprudencia, sino que también por razones que provienen de la manera en que concebimos las funciones del Tribunal.

En las secciones siguientes, me propongo desarrollar una justificación para (T3) y (T4), a saber, respectivamente:

(J3) *¿Por qué, en primer lugar, algunas normas que establecen derechos deben ser flexibles en su implementación?; y*

(J4) *¿Por qué razones es valioso dicho ethos para un esquema practicable de derechos y libertades europeos?*

La justificación que ofreceré, las razones para articular una respuesta a (J3) y a (J4), provienen en general del pluralismo valorativo, en la versión de Isaiah Berlin, aunque con algunas precisiones. Pero antes de delinear la manera en que dicha justificación será construida, es menester abordar una cuestión más general, respecto de por qué se deben justificar, en primer lugar, las tesis antedichas. Eso pasa por precisar qué se entiende por justificación en este contexto.

Dicha cuestión no puede ser captada solo a partir de la explicación ofrecida en la Parte I. Ello, porque para concebir al Margen de Apreciación *qua* práctica jurídica, se requiere no solo de una explicación, esto es, una reconstrucción racional de los presupuestos jurídicos de su aplicación, que es lo que hice en la Parte I; sino que, además, proveer razones que permitan mostrar por qué ella es necesaria en la comprensión de la práctica de los derechos humanos en su dimensión normativa. Esto quiere decir que el Margen de Apreciación, al menos entendido de la manera que propuse en la Parte I, impacta en la comprensión que tenemos de los derechos humanos en Europa.

³²⁷ Al respecto, se ha dicho que: “*Qua* convención internacional de derechos humanos, el Convenio es formalmente un tratado internacional, pero su contenido es materialmente de tipo constitucional” (BESSON, 2011: 128).

En este sentido, el sistema europeo, como parte del derecho internacional de los derechos humanos, es incapaz por sí mismo de proveer tal justificación, ya que dicho sistema “no puede proveer justificaciones que sean externas al derecho”, ya que “el derecho provee razones para la acción que son independientes de su contenido” (BESSON, 2013: 35).³²⁸

En otras palabras, una justificación de la DMA tiene que ser capaz de sustentarse, no solo en su utilidad práctica, sino que además en la manera en que el Margen de Apreciación se integra en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, este enfoque sobre la justificación de la DMA y el papel que juega en los derechos humanos, sigue una lógica de abajo hacia arriba o *bottom-up*:³²⁹

Comenzamos con una comprensión de los derechos que tenemos —tal vez no una comprensión completa o completamente elaborada, sino algo como una lista de derechos humanos que ya están ampliamente aceptados. Y luego tratamos de dar sentido a ella, tal vez considerando los valores que habría que presuponer para que esa lista de derechos sea razonable. (WALDRON, 2015: 131).

En consecuencia, justificar, en un contexto jurídico como este, consiste en “tratar de entender el punto de las normas jurídicas que tenemos” (BESSON, 2013: 36). En este caso, deberíamos buscar, entonces, comprender el punto o razón de ser de los derechos no-absolutos en el sistema europeo de protección a los derechos humanos, es decir, aquellas normas que establecen derechos vinculados a normas alterativas, específicamente, a aquellas que poseen una cláusula de limitación, y cuál es el papel que le corresponde en ellas al Margen de Apreciación.

Volvamos ahora a la articulación de las respuestas, a partir del pluralismo valorativo, de (J3) y (J4). Como dije, no queda claro por qué, en primer lugar, necesita el sistema de dicha flexibilidad,

³²⁸ Como señala Raz: “Una razón es independiente del contenido si no hay conexión directa entre la razón y la acción para la cual es una razón” (RAZ, 1988: 36). Esto, obviamente, presupone aceptar la tesis de Raz de que la clase de razones que el derecho provee son razones excluyentes, es decir, razones que despalzan a las razones subyacentes que tienen los agentes destinatarios de las normas. Esta concepción de las razones, es tributaria de la concepción de la autoridad como servicio, que descansa a su vez en la tesis de la dependencia y de la justificación normal de la autoridad: ambas tesis “articulan la concepción de servicio de la función de las autoridades, es decir, la visión de que su papel y función primaria normal es servir a los gobernados. Esto, para repetir un punto anterior, no significa que su único papel debe ser el de promover el interés de cada uno o de todos sus sujetos. Es para ayudarlos a actuar sobre las razones que los obligan” (RAZ, 1988: 56). El punto que quiere hacer Raz es que es que “las leyes legítimas, y las directrices de las autoridades legítimas en general, reemplaza [*preempt*] las razones de fondo que pueden ir en contra de las directivas autorizadas y reemplazarlas por sus propias exigencias” (RAZ, 2006: 1019). Para un análisis de general de esta tesis véase BAYÓN, 1991b y RÓDENAS, 2006. Un análisis completo del problema y sus implicaciones para la normatividad del derecho, véase BAYÓN, 1991a.

³²⁹ Sobre este concepto, se ha dicho: “Existe un enfoque *bottom-up* o de abajo hacia arriba: uno comienza con los derechos humanos como los usan en nuestra vida social real los políticos, abogados, activistas sociales, así como los teóricos de varias clases, y luego ve a cuáles principios superiores uno debe recurrir para explicar su peso moral, cuando uno piensa que lo tienen, y resolver conflictos entre ellos” (GRIFFIN, 2008: 30).

por qué introduce un grado de vaguedad en las normas que consagran derechos: ¿Es por razones políticas, para que las instituciones europeas no intervengan en asuntos sensibles o en procesos sociales, económicos, políticos o culturales en ciernes? En cuyo caso, la justificación del Margen de Apreciación descansaría en el principio de no intervención y en el de subsidiariedad. Si es así, ¿esto no implica acaso que el Margen de Apreciación pueda ser una legitimización de la vieja doctrina de la razón de Estado?³³⁰ Asimismo, tampoco por qué la doctrina del Margen de Apreciación, como mecanismo interpretativo de las cláusulas de limitación, necesita echar mano de los principios de la democracia y el pluralismo a fin de controlar la implementación flexible de los derechos y libertades del Convenio. La respuesta a estas cuestiones será delineada como sigue.

Afirmé que, en la jurisprudencia del Tribunal, la aplicación de las cláusulas de limitación posee una estructura triádica. Esto quiere decir lo siguiente: un derecho (por ejemplo, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores), en un contexto determinado (por ejemplo, la educación pública), queda limitado por el mismo derecho que goza otro titular (por ejemplo, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los estudiantes y sus padres) y/o por otro derecho (por ejemplo, el derecho a la educación de los estudiantes), en atención de ciertos principios (por ejemplo, la neutralidad y armonía religiosa).

Esta sería la estructura básica que tendría la operación de limitación de derechos que realiza el Tribunal: derechos a acomodar, contexto y principios; una estructura triádica. Por ello, la aplicación que realiza el Tribunal de las cláusulas de limitación, entonces, debe entenderse como una operación que relaciona estos tres elementos, los que conformarían su estructura conceptual. Pero, ¿por qué es relevante que las limitaciones tengan esta estructura para la DMA?

Para mostrar esto, primero debemos entender cuáles son los elementos de dicha estructura triádica. Se debe comprender cada uno de los elementos que la conforman. Dejando en suspenso la respuesta a la pregunta sobre cómo han de entenderse los DD.HH., que veremos brevemente más adelante, volvamos ahora sobre qué quieren decir los restantes elementos de esta relación.

³³⁰ En este sentido se ha dicho: “La ambigüedad ‘estructural’ de las cláusulas de escape [normas alterativas] se ve aumentada por su ambigüedad ‘funcional’. Por su mera existencia, estas cláusulas parecen funcionar como una justificación —en nombre del interés público— para prácticas co-substanciales a la razón de Estado. Sin embargo, es en virtud de su presencia en el Convenio que la Comisión y el Tribunal pueden ejercer su control. Sin cuestionar directamente el principio de la soberanía nacional, el Convenio especifica las condiciones bajo las cuales el interés público puede ser invocado. En este contexto, el control de estas cláusulas, constituyen un medio para evitar abusos de la razón de Estado” (DELMAS-MARTY y SOULIER, 1992: 7).

Señalé en la Introducción que el contexto debe entenderse como un dominio o parámetro de referencia: en este caso, el sistema jurídico y social de cada de cada Estado miembro. Por su parte, que los principios deben entenderse en un sentido estricto.³³¹ En consecuencia, una cláusula de limitación, relaciona, por ejemplo:

- (1) Un derecho: “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (art. 9 del Convenio).
- (2) En un contexto: “el sistema de educación pública del Estado x”.
- (3) Con un o unos principios: “la neutralidad y la armonía religiosa”.

Si la identificación del derecho proviene del Convenio y el contexto lo determina la aplicación ante el Tribunal contra el Estado de que se trate, ¿de dónde provienen los principios? Nada hay nada en el concepto del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los profesores, que sugiera o indique su relación con los principios de la neutralidad y la armonía religiosa. Tampoco dichos principios se encuentran explícitamente reconocidos en el Convenio.

Por ello, parece claro que dichos principios entran a ser considerados por el Tribunal en una aplicación determinada. En otras palabras, el derecho de que se trate connota esos principios solo en la medida de que exista una aplicación concreta, donde justamente se trata de determinar si hubo o no una violación de las obligaciones del Convenio, lo que, en el esquema del Tribunal, pasa por la aplicación del test de tres pasos, que evalúa el material normativo del sistema jurídico del Estado en cuestión: la medida de interferencia adoptada.

Es claro que podría tratar de reformularse el derecho que consagra el Convenio, para incorporar o dar cabida a dichos principios de manera permanente, en lo que se ha denominado *acquis conventionnel*, el acervo de aquellas cosas que son agregadas al texto del Convenio por la práctica real y la experiencia, subsecuentemente a su entrada en vigencia, a través de su implementación, interpretación y aplicación. De esta manera, cuando el Tribunal deba resolver un caso en el futuro que involucre el mismo derecho, podría aplicar también los mismos principios.

El problema es que dichos principios provienen del sistema jurídico del Estado de que se trate, por lo que no son los mismos para todos los Estados: son, en este sentido, dependientes del contexto. Como vimos, en el ejemplo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del art. 9 del Convenio, en el caso de los profesores en la escuela pública cuyas creencias religiosas le demanden vestir con determinadas vestimentas, los sistemas jurídicos de los Estados varían respecto de los principios que deben ser tenidos en cuenta. En el caso de

³³¹ Esto es, como puntalicé, como “norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.” (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 26).

Alemania, se contempla el principio de la neutralidad; en el caso de Francia, el de *laïcité*; y en el caso de Turquía, el del secularismo. A pesar de las semejanzas conceptuales que se puedan mantener entre ellos, estos tres principios son concebidos de manera distinta en cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados y su arraigo social proviene justamente de trayectorias históricas y culturales muy diversas.

Incluso, dentro de un mismo Estado, si se cambia el contexto, se alteran los principios que se deben tener en cuenta. Así, por ejemplo, si el contexto fuera “el sistema de educación privada del Estado *x*”, la respuesta sería la misma para Alemania y Francia: en ambos casos los profesores pueden impartir sus clases con las vestimentas que su religión ordene.

Esta manera de entender la aplicación de las limitaciones a derechos, tiene como consecuencia que existan formas distintas de entender el alcance de la protección de los derechos humanos, ya que ellos terminan siendo cualificados de diversas maneras según el contexto particular de cada Estado. Pero, sobre todo, estas variaciones no son defectivas, sino que, por lo contrario, están amparadas por el Margen de Apreciación que el Tribunal desarrolló en su jurisprudencia.

Lo anterior es lo que justamente demanda una justificación, ya que compromete tres de los rasgos más destacados que usualmente se han adscrito a los derechos humanos, entendidos estos como los derechos que tenemos todos los seres humanos por el hecho de ser tales: su carácter universal, absoluto e indivisible. Desde un punto de vista conceptual, su carácter universal, quiere decir que todos los seres humanos, en todas partes, tienen, o deben tener, los mismos derechos y que estos sean efectivamente protegidos por el sistema jurídico del Estado donde se encuentren. Por su parte, su carácter absoluto, quiere decir que esos derechos que poseen, o que deberían poseer, no deben ser objeto de derogaciones, excepciones, limitaciones o cualificaciones de cualquier tipo por el sistema jurídico del Estado donde se encuentren. Finalmente, su carácter indivisible, quiere decir que todos los seres humanos posean, o deban poseer, en todas partes, el mismo catálogo de derechos, protegidos igualmente por el sistema jurídico del Estado donde se encuentren.

Si bien, dichas características de los derechos humanos parecen estar conectadas conceptualmente unas con otras, hemos visto en la Parte I que, en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos, esto no es cierto. Porque no todos en todas partes tienen los mismos derechos humanos y porque existen derechos humanos considerados no-absolutos, los que pueden ser objeto de diversas normas alterativas. Mirado desde este punto de vista, de los rasgos conceptuales que deberían tener los derechos humanos, incluso el sistema del Convenio que aspira preservar dichos rasgos, muestra en su jurisprudencia una tendencia a la desconexión entre ellos.

En este sentido, la aplicación del Margen de Apreciación, tiene un efecto corrosivo sobre dichos vínculos conceptuales entre los rasgos que usualmente se reconocen a los derechos humanos. Por lo que no es rara la acusación de que el Margen de Apreciación introduce un cierto relativismo respecto de los derechos humanos. ¿Pero qué clase de relativismo?

En este sentido, se ha dicho que: “las aspiraciones universales [de los derechos humanos] están, en gran medida, amenazadas, por la doctrina del margen de apreciación”, y lo están porque “el margen de apreciación, con su principio de reconocimiento del relativismo moral, está en desacuerdo con el concepto de la universalidad de los derechos humanos” (BENVENISTI, 1999: 843-844).

Asimismo, se ha señalado que, uno de los elementos a tener en cuenta sobre la aplicación del Margen de Apreciación, es que “el relativismo moral no debe ser admitido de manera tal que sea llamado a cuestionar las premisas seculares y pluralistas de la democracia” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 102).

También, que uno de los presupuestos de aplicación del Margen de Apreciación, el caso de que no exista un consenso o valores comunes europeos respecto de las aplicaciones de los artículos 8-11 del Convenio, es un estándar relativista, sobre todo en el caso de “restricciones particulares basadas en la moralidad pública [...] esta postura ha sido criticada por dar crédito a la idea del relativismo moral y comprometer la universalidad de los derechos humanos” (LETSAS, 2007: 91).

Por ello, dado que el Convenio contempla las cláusulas de limitación explícitamente para ciertos derechos, que la aplicación que el Tribunal ha hecho de ellas exhibe una estructura triádica que permite interpretaciones diversas de los mismos derechos para los Estados miembros, que el Tribunal ampara y favorece dicha diversidad a través del Margen de Apreciación y que esto pone en entredicho las aspiraciones teóricas sobre los derechos humanos, en el sentido de que éstos sean concebidos como universales, absolutos e indivisibles; es que la doctrina del Margen de Apreciación requiere de una justificación, una que le permita superar la acusación de favorecer el relativismo moral.

La respuesta que daré a este asunto es que las razones que justifican el Margen de Apreciación pueden provenir del pluralismo valorativo, en vez del relativismo moral. Al ser el pluralismo valorativo una tesis intermedia entre el monismo universalista y el relativismo ético, ella resulta más adecuada para comprender los problemas con que debe lidiar el sistema del Convenio y que el Margen de Apreciación ayuda a gestionar: por una parte, tener una cierta flexibilidad en la implementación de los derechos, la que es necesaria en atención de la diversidad o el pluralismo

como hecho de las sociedades europeas; y por otra, controlar que dicha implementación respete los principios fundamentales del sistema del Convenio, que son parte de su *ethos*: la democracia y el pluralismo. El Tribunal debe lidiar con ambos problemas porque busca proteger todos los derechos que consagra el Convenio, pero dentro de un esquema composable o practicable.

Si su propósito general consiste en gestionar el conflicto inherente a la aplicación de los derechos del Convenio, bajo los límites los principios de la democracia y el pluralismo, que ocurren a propósito de reconocer legitimidad a las cualificaciones contextuales de esos derechos que cada Estado miembro realiza; entonces, surge la pregunta siguiente: ¿Cómo puede la diversidad contextual tener cabida dentro del derecho internacional de los derechos humanos sin caer presa de la objeción relativista?

Esta es la gran pregunta que espero poder intentar responder hacia el final de esta investigación, la que pasa por aceptar en nuestras teorías sobre los derechos, sin vacilaciones, que algunos derechos humanos no son universales y absolutos *simpliciter*, ya que poseen un ámbito indeterminado de protección, que corresponde a cada Estado determinar.

2. Pluralismo y monismo.

El pluralismo, en el sentido de la diversidad valorativa en el mundo, ha sido ampliamente aceptado en el pensamiento filosófico moderno. Desde considerarlo como un hecho normativo, como dice Rawls: “la diversidad de razonables doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprensivas, presentes en las sociedades democráticas modernas, no es una mera condición histórica pasajera, más bien, es un rasgo permanente de la cultura pública democrática” (RAWLS, 1993: 36);³³² hasta un hecho, el pluralismo de reglas morales básicas, verificable empíricamente (véase GILL y NICHOLS, 2008).

Hay varias teorías que tratan de lidiar con esta diversidad. Desde el constructivismo ético (véase RAWLS, 1980; 1993), hasta el iusnaturalismo moderno (véase FINNIS, 2000: 133-127). Aquí me interesa discutir el rendimiento teórico que para el problema justificatorio del Margen de Apreciación pudiera tener el pluralismo valorativo de Isaiah Berlin.

Una de las variedades más relevantes de pluralismo ético es el pluralismo valorativo de Isaiah Berlin: la tesis según la cual existe una diversidad irreductible de valores que informan la acción humana, la cual fundamenta la idea de que existen desacuerdos genuinos o legítimos sobre asuntos morales, éticos, políticos, etc.

Dicha tesis es, en realidad, doble. Por una parte, consiste en una explicación de las acciones de cualquier forma de vida individual o colectiva. A su vez, supone, por un lado, un enfoque descriptivo de los valores, fines o bienes humanos, caracterizándolos como múltiples, objetivos, conflictivos e inconmensurables (BERLIN, 1999: 67; 2002: 42 y 216); y, por otro lado, un enfoque normativo, que descansa en la definición de un ser humano normal, a quien individual o colectivamente se le adscriben un mínimo común de valores, fines o bienes irreductibles, junto con valores peculiares a su particular forma de vida (BERLIN, 1999: 67-68; 2002: 24 y 210; 2004: 63-64 y 250-255).³³³

³³² Que luego califica como un hecho (véase RAWLS, 1993: 136).

³³³ Se ha sugerido interpretar esta idea de Berlin como una afirmación de valores universales, sugiriendo concebirlos de forma semejante a la idea de capacidades humanas de Nussbaum y Sen. Pero Crowder, quien propone este enfoque, levanta duda debido a “las tensiones entre identificar bienes con un suficiente nivel de especificidad para individualizar al liberalismo como contexto político necesario y, por otro lado, asegurar que los bienes se describen en términos suficientemente genéricos para contar como genuinamente universales” (CROWDER, 2004: 155). El pluralismo metodológico previene de caer en esta confusión, ya que el carácter de esos valores comunes adscrito a la idea de un ser humano normal, que posibilitan la comunicación humana, tiene que ver con el pluralismo como tesis explicativa sobre los valores y no como tesis justificativa. Para una explicación de este punto de Berlin, que encuentra sus orígenes en su pensamiento histórico, véase ANDRADE, 2009.

Por otra parte, el pluralismo valorativo consiste en una justificación de la elección entre valores, fines o bienes humanos en conflicto, a la luz de, o en coherencia con, el patrón general de vida perseguido por una forma de vida individual o colectiva, el que, a su vez, es reflejo de una combinación contingente de valores, fines o bienes que constituyen dicha forma de vida (BERLIN, 2002: 42; 2004: 252).³³⁴

En su aspecto explicativo, el pluralismo valorativo busca dar cuenta general de los valores, fines o bienes humanos como condición necesaria de la mutua comunicación e inteligibilidad humana (BERLIN, 1999: 67; 2002: 44-45; 2004: 63-64; LUKES, 1998: 104).

En su aspecto justificativo, el pluralismo valorativo trata sobre los conflictos que emergen de las combinaciones contingentes de valores, fines o bienes en una forma de vida individual o colectiva (BERLIN, 1999: 68-69; 2002: 47). En ningún caso, el pluralismo tiene que ver con la validez de un valor singular. Trata más bien, en la metáfora de Berlin, sobre “la constelación de valores que moldean mi forma de vida” (LUKES, 1998: 100). Esta distinción sobre el pluralismo es metodológica y creo que es clave para interpretar el pensamiento de Berlin.

Berlin trató de ubicar la tesis del pluralismo en las coordenadas adecuadas. En primer lugar, como algo distinto del relativismo moral:

«Yo prefiero café, tú prefieres champán, tenemos gustos diferentes, no hay más que decir». Esto es relativismo. Pero el punto de vista de Vico, y el de Herder, no es ése, sino lo que yo describiría como pluralismo. Es decir, la idea de que hay muchos fines distintos que pueden perseguir los hombres y aún así ser plenamente racionales, hombres completos, capaces de entenderse entre ellos y simpatizar y extraer luz unos de otros, lo mismo que la obtenemos leyendo a Platón o las novelas de Japón medieval, que son mundos, puntos de vista, muy alejados de nuestro. Porque si no tuviésemos ningún valor en común con esas personalidades remotas cada civilización estaría encerrada en su propia burbuja impenetrable y no podríamos entenderlas en absoluto; a esto equivale la tipología de Spengler. La intercomunicación de las culturas en el tiempo y en el espacio sólo es posible porque lo que hace humanos a los hombres es común a ellas, y actúa como puente entre ellas. Pero nuestros valores son nuestros y los suyos son suyos. Tenemos libertad para criticar los valores de otras culturas, para condenarlos, pero no podemos pretender que no los entendemos en absoluto, o considerarlos sólo subjetivos, producto de criaturas de circunstancias diferentes con gustos diferentes a los nuestros, que no nos dicen nada. (BERLIN, 2002: 51).

En segundo lugar, Berlin insiste en que el pluralismo es algo distinto del monismo o universalismo: “No hay duda de que se presta a toda clase de problemas la idea de que existan valores objetivos morales o sociales, eternos y universales, no afectados por el cambio de la

³³⁴ A pesar de que no es la forma en que Berlin lo diría, he preferido presentar el pluralismo de esta manera más sintética por razones metodológicas. En otras palabras, ofrezco una visión metodológica del pluralismo, porque antes de explorar su rendimiento teórico, me preocupé de identificar y articular todos sus elementos relevantes.

historia, y accesibles a la mente de cualquier hombre racional, con tal de quiera dirigir su mirada hacia ellos” (BERLIN, 2004: 62).

Por ello, el pluralismo se concibe a sí mismo como una tesis intermedia entre el monismo y el relativismo. De allí que, una manera provechosa de mostrar la relevancia teórica del pluralismo valorativo para la filosofía moral y jurídica, sea tratar de presentarlo en contraste con una teoría monista, a fin de encontrar los elementos que permitan, a su vez, separarlo del relativismo.

En lo sucesivo, contrastaré el pluralismo de Berlin con el monismo de Dworkin, para luego, en la sección siguiente, abordar la manera en que el pluralismo busca escapar de la acusación de relativismo.³³⁵ Creo que el empeño de Dworkin en contradecir la tesis del pluralismo y la posibilidad del conflicto moral genuino, justifican sobradamente la elección de su teoría para realizar dicho contraste.³³⁶

El pluralismo valorativo de Berlin, entendido como la tesis según la cual la diversidad valorativa de los seres humanos es irreducible y posibilita el conflicto genuino entre ellos, constituye un serio obstáculo al interpretativismo de Ronald Dworkin, ya que socava dos de sus presupuestos filosóficos. El primero, es la tesis positiva de la unidad de los valores, un credo o fe, a la que llama holismo valorativo [*value holism*], que sostiene que “todos los verdaderos valores forman una red entrelazada, donde cada una de nuestras convicciones sobre lo que es bueno, correcto o hermoso juegan algún papel en el apoyo de cada una de las otras convicciones en cada uno de aquellos dominios del valor” (DWORKIN, 2011: 120). El segundo, es la tesis negativa, que deriva de la anterior, de no hay genuinos conflictos de valor: “Quiero defender la afirmación más ambiciosa que no hay genuinos conflictos de valor que necesitan tal adjudicación” (DWORKIN, 2011: 119). Ambas tesis están íntimamente entrelazadas y son mutuamente dependientes.

Berlin se opone a ambas ideas, las que según él se articulan en una tesis más amplia a la que llama monismo valorativo, vale decir “la convicción de que todos los valores positivos en que han creído los hombres tienen que ser, en último término, compatibles, e incluso, implicarse unos a otros” (BERLIN, 2004: 251).

Su oposición a estas ideas se sustenta en una caracterización de los valores, fines o bienes humanos en términos de ser múltiples, conflictivos, objetivos e inconmensurables. Específicamente, esta última característica es la que coloca un formidable obstáculo al planteamiento dworkiniano. Como dice Berlin: “Suponer que todos los valores puedan medirse

³³⁵ La primera acusación de que el pluralismo colapsa en relativismo se encuentra en MOMIGLIANO, 1976.

³³⁶ Para un análisis de su pensamiento, véase DWORKIN, 2003.

por el mismo patrón, de forma que sea mera cuestión de examen saber cuál es superior, me parece una forma de ocultar que sabemos que los hombres son agentes libres, y aparentar que las decisiones morales pueden tomarse, en principio, mediante una regla de cálculo” (BERLIN, 2004: 254).³³⁷

De esta tesis pluralista sobre los valores, se sigue que el conflicto entre ellos es ineludible e inextinguible:

Si, como creo, los fines de los hombres son múltiples y no todos ellos son en principio compatibles entre sí, entonces, la posibilidad de conflicto —y de tragedia— nunca podrán eliminarse de la vida humana, tanto de la personal como de la social. La necesidad de elegir entre demandas absolutas es entonces una característica ineludible de la condición humana. (BERLIN, 2004: 252).³³⁸

Por el contrario, la unidad de los valores es una idea cuyos orígenes se remontan a la ética de Aristóteles. Su punto focal es atacar la posibilidad de que exista más de una manera de ser bueno, como consecuencia de que el individuo posea y practique cierta combinación de virtudes y no otra. Aristóteles es el primer filósofo en darse cuenta que el actuar moral requiere no solo el uso de la razón, sino también de cierta disposición a actuar bien, la que debe imprimirse en el carácter o modo de ser del individuo (por eso habla de virtudes, no de valores). Esto permite que el actuar bueno sea a su vez placentero, lo que a su vez permite motivar al agente a actuar de la manera correcta. ¿Cómo es posible esta relación dialógica de la razón y el placer para el actuar moral? Esta pregunta sigue siendo uno de los tópicos clave de la ética.³³⁹

³³⁷ Se ha señalado que la inconmensurabilidad de los valores en Berlin no es total, su propósito es “prevenir rankings universales razonados” de valores, por lo que es un error calificar “las culturas o formas de vida como completamente inconmensurables” (CROWDER, 2004: 155). Esto, porque Berlin insitió en varias partes que justamente la tesis explicativa del pluralismo era clave en el conocimiento histórico del pasado, ya que un mínimo común de valores era necesario para comprender a los seres humanos de otras épocas. En este sentido, señalaba: “Si encuentro hombres que adoran a los árboles no porque sean símbolos de fertilidad o porque son divinos, con una vida misteriosa y poderes propios, o porque este bosque está consagrado a Atenea, sino sólo porque están hechos de madera; y si cuando les pregunto por qué adoran la madera dicen: «porque es madera» y no dan más respuesta, yo ya no sé lo que quieren decir. Si fuesen humanos, no serían seres con los que yo pudiese comunicarme, hay una barrera real. No son humanos para mí. Ni siquiera puedo calificar sus valores de subjetivos si no puedo imaginar lo que sería intentar llevar ese tipo de vida” (BERLIN, 2002: 52).

³³⁸ En este sentido, el pluralismo valorativo, al defender una descripción de la vida humana más genuina, puede llegar a ser una mejor explicación de los casos difíciles en derecho, ya que es posible extender una de sus principales conclusiones a la teoría del derecho: “el conocimiento de que no solo en la práctica, sino que en principio, es imposible llegar a respuestas claras y ciertas, incluso en un mundo ideal de personas completamente buenas y racionales e ideas totalmente claras” (BERLIN, 2002: 216).

³³⁹ Hume otorgó un papel central en la deliberación moral a la noción de *pasiones serenas*: “una vez que las pasiones serenas se han hecho con el control de los poderes de la deliberación, pueden modelar nuestro carácter a fin de asegurar la fortaleza de ánimo”, formando un hábito necesario para el actuar moral (RAWLS, 2001: 61). Desde entonces, esta ha sido un tópico recurrente, más no permanente, en la filosofía moral contemporánea.

En efecto, señala Aristóteles que “la virtud es un modo de ser selectivo, siendo un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría un hombre prudente” (*Et. Nic.* II, 1106b 35). Lo que define a la prudencia es su selectividad y que esté impresa en el carácter de los individuos, vale decir, el prudente es capaz de elegir lo que es bueno, tanto para el caso concreto sobre el que le toca deliberar como para la vida buena, por lo que necesariamente acompaña a la sabiduría.³⁴⁰ Por ello, Aristóteles la define como “un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre” (*Et. Nic.* VI, 1140b). Mediante la prudencia puede sostener la tesis de que las virtudes morales son inseparables unas de otras, esto es, la idea de la unidad de los valores. A este respecto señala:

Está claro, pues, por lo que hemos dicho, que no es posible ser bueno en sentido estricto sin prudencia, ni prudente sin virtud moral. Esta circunstancia refutaría el argumento dialéctico según el cual las virtudes son separables unas de otras, pues la misma persona puede no estar dotada por naturaleza de todas las virtudes, y así puede haber adquirido ya algunas, pero otras todavía no. Esto, con respecto a las virtudes naturales, es posible, pero no en relación con aquellas por las que un hombre es llamado bueno en sentido absoluto, pues cuando existe la prudencia todas las otras virtudes están presentes. (*Et. Nic.* VI, 1144b 30-35).

Uno de los puntos clave de la ética aristotélica, punto no pacífico y que tensiona la lectura de su *Ética a Nicómaco*, es la existencia de solo una forma de vida buena, a saber, la vida contemplativa. Esta es una de las consecuencias más evidentes de su tesis de la unidad de las virtudes. Por ello, Aristóteles insiste en la unidad de las virtudes, la que a ojos del pluralismo valorativo sería una mera idealización. MacIntyre se pregunta por qué para Aristóteles es importante este énfasis en la unidad, a pesar de parecer intuitivamente equivocada:

La creencia de Aristóteles en la unidad de las virtudes es una de las pocas partes de su filosofía moral que hereda directamente de Platón. Como en Platón, es un aspecto de la hostilidad hacia el conflicto y la negación del mismo tanto dentro de la vida del hombre bueno individual como dentro de la buena ciudad. Ambos, Platón y Aristóteles, tratan el conflicto como un mal y Aristóteles los trata como un mal eliminable. Todas las virtudes están en armonía con cada una de las demás y la armonía del carácter individual se reproduce en la del Estado. La guerra civil es el peor de los males. Para Aristóteles, como para Platón, la vida buena para el hombre es en sí misma simple y unitaria, por integración de una jerarquía de bienes. Se sigue que el conflicto es simplemente el resultado de las imperfecciones de carácter en los individuos o de arreglos políticos poco inteligentes. (MACINTYRE, 1987: 198).

³⁴⁰ Como señal en otra parte: “Si la prudencia tiene por objeto lo que es justo, noble y bueno para el hombre, y ésta es la actuación del hombre bueno, el conocer estas cosas no nos hará más capaces de practicarlas, si las virtudes son modos de ser, como tampoco nos sirve de nada conocer las cosas sanas o las saludables que no producen la salud, sino que son consecuencias de un modo de ser. En efecto, no somos más capaces de practicarlas por el hecho de poseer la ciencia médica y la gimnástica” (*Et. Nic.* VI, 1143b 25).

Por ello, una de las consecuencias más potentes de la tesis de la unidad de las virtudes es el rechazo a cualquier forma de conflicto moral o político. Esto explica por qué Aristóteles se opone a la idea Homérica de que “el conflicto trágico es la condición humana esencial—en opinión de Aristóteles el héroe trágico falla por su propia imperfección, no porque la situación humana sea a veces irremediabilmente trágica” (MACINTYRE, 1987: 199).³⁴¹

En consecuencia, MacIntyre releva que el abandono de la idea de la unidad de los valores, propia de la tradición aristotélica, termina impactando no solo a la moral sino también a la política, que en dicha tradición son vistas como un continuo.³⁴² A pesar de que volveremos sobre este asunto más adelante, este excuso permite mostrar por qué Dworkin, en el fondo, se opone a la tesis del pluralismo valorativo, a saber, porque tiene la pretensión de erigirse como una mejor comprensión del liberalismo político, la que debe ser capaz de justificarlo en una sociedad caracterizada por la diversidad moral y modelada por los derechos consagrados en la Constitución.

En este sentido, Dworkin busca construir una comprensión del liberalismo de corte progresista, cuyo sustento se encuentre en una robusta teoría de los derechos, para la cual el pluralismo valorativo de Berlin es un obstáculo teórico. Afirmar una tesis de derechos, cree Dworkin, se vincula a una concepción positiva de la libertad, o bien a una concepción de la libertad como no dominación, concepciones que el liberalismo de Berlin, como es bien sabido, termina por rechazar.³⁴³

³⁴¹ Veremos, que los conflictos trágicos son uno de los casos que el pluralismo valorativo describe como un caso paradigmático de conflicto de valores, punto que Dworkin rechaza. Esto puede ejemplificarse como sigue: en nuestras sociedades, debemos estar dispuestos a balancear valores, como los de la autonomía y la diversidad. Sin embargo, el mismo Berlin reconoce que en muchos casos, llamados trágicos, no es posible hacerlo (BERLIN, 2002: 214; LUKES, 1998: 106; MAGEE, 1993: 20-22). Esta es, junto a las consecuencias iliberales del pluralismo, una de las tensiones argumentativas más destacadas del pluralismo de Berlin (véase CROWDER, 1998).

³⁴² Al respecto señala MacIntyre: “En realidad, desde el punto de vista aristotélico, la sociedad política liberal moderna no puede parecer sino una colección de ciudadanos de ninguna parte que se han agrupado para su común protección. Poseen, con mucho, esa forma inferir de amistad que se funda en el mutuo beneficio. Lo que les falta, el lazo de la amistad, está ligado al sedicente pluralismo liberal de estas sociedades. Han abandonado la unidad moral del aristotelismo, ya sea en sus formas antiguas o medievales” (MACINTYRE, 1987: 197-198).

³⁴³ La interpretación de la obra de Dworkin en términos de reinterpretar la tradición liberal en clave progresista, se encuentra en Calsamiglia, quien señala: “Una de las claves del éxito de la obra de Dworkin se encuentra en su pretensión de fundamentar el liberalismo progresista. Pretende construir y justificar una teoría política liberal superadora del liberalismo «conservador»” (CALSAMIGLIA, 2012: 22). Otro autor califica al liberalismo progresista como igualitario, por oposición al liberalismo conservador (véase NINO, 2007: 74 y ss.).

Volvamos ahora a las dos cuestiones que deben ser exploradas para tratar de mostrar la diferencia entre el pluralismo valorativo de Berlin y el monismo de Dworkin: los conceptos de valor y de conflicto moral.

La postura que el pluralismo de Berlin adopta sobre los valores, puede resumirse en una de las frases finales de “Dos conceptos de libertad”, uno de sus más célebres ensayos: “Los principios no son menos sagrados cuando no puede garantizarse su duración.” (BERLIN, 2004: 254). Para Berlin, la identificación de los seres humanos como la clase de seres que poseen valores es lo que sustenta la objetividad que reconoce en ellos y no alguna propiedad que los valores puedan tener o alguna relación que ellos puedan mantener con alguna clase de objetos: tener valores es lo objetivo, no su contenido específico.

En este sentido, los seres humanos persiguen valores, fines y bienes que consideran últimos y se comprometen con ellos, a pesar de que la historia, la filosofía o la antropología puedan mostrarles que no son eternos o absolutos como ellos creían. Lo valioso es que los poseen y no su duración, contenido o condición de universales. Berlin concibe a los valores, los fines o los bienes humanos como múltiples, inconmensurables, conflictivos y objetivos, y, al mismo tiempo, afirma que ellos no son eternos o absolutos, ya que cambian con el tiempo o son distintos en una u otra cultura.

La tesis de Berlin sobre los valores, los fines o los bienes humanos, más que una tesis substantiva, vale decir sobre el contenido de ellos, es una tesis relativa a la posibilidad de reconocer e interpretar, esto es hacer inteligible, a otros seres humanos en el mundo moral. Este es el carácter explicativo o descriptivo de su teoría.³⁴⁴ En este sentido, Berlin ve los valores, fines, bienes o principios humanos como causas de la acción individual o colectiva, los que pueden explicar por qué una persona o grupo hace o hizo algo. Ello contrasta con el carácter justificatorio de su teoría, donde los valores son vistos más como razones para la acción.³⁴⁵ En un caso, se trata a los valores

³⁴⁴ Se ha acusado al pluralismo de la falta de una genuina teoría de los valores, una teoría metafísica, que pueda dar cuenta de esto. Este defecto permite, por ejemplo, reconstruir en términos monistas todos los argumentos que se dan sobre la neutralidad y la tolerancia basados en el pluralismo (véase NEWHEY, 1997).

³⁴⁵ Este problema excede con mucho el objetivo de esta investigación, ya que se trata de un problema propio de la filosofía de la acción, pero de gran relevancia para el Derecho. En el ámbito jurídico esta cuestión se denomina el problema de la normatividad del derecho, el que puede concebirse de la siguiente manera: “Si se presupone que la determinación de lo que el derecho dispone es a la vez una cuestión de hecho y la identificación de una razón para actuar, puede decirse cabalmente que el problema de la normatividad del derecho no es otro que el de explicar cómo son posibles ambas cosas a un tiempo” (BAYÓN, 1991a: 18). Se ha señalado la relevancia para el derecho de la naturaleza de las razones para la acción, específicamente de las razones justificativas: “Si el derecho es analizado como un conjunto de normas que pretenden ofrecer razones justificativas, será necesario tomar partido acerca de qué tipo de razones éste ofrece y, en consecuencia, con qué procedimiento de toma de decisiones nos compromete” (REDONDO, 2005: 30-31). Por ello, el problema acuciante es determinar, como dice Moreso, si es posible importar esta discusión “con poca carga metafísica” desde la filosofía práctica (MORESO, 2005: 68). Creo que la interpretación

como “razones *por* las que alguien (un agente al que podemos llamar «A») ha hecho algo (una acción cualquier que podemos representar como « \emptyset » y razones *para* que A haga \emptyset ” (BAYÓN, 1991: 43).

En otras palabras, los valores, fines o bienes humanos son, para el pluralismo de Berlin, a la vez motivos y razones para la acción, dependiendo de qué aspecto de la acción individual o colectiva se busque comprender a través de ellos, esto es, si la interpretación de las acciones de otros en el marco general de su forma de vida individual o colectiva o la justificación de la elección moral en base a ellos. Por ello hay que distinguir en su teoría entre ambos aspectos. En su aspecto justificativo, el pluralismo de valores ofrece razones para la acción, con pleno poder justificativo. En su aspecto explicativo, el pluralismo ofrece motivos para la acción, sin poder justificativo, sino más bien solo con poder interpretativo general.³⁴⁶

Por ello, esta interpretación metodológica del pluralismo valorativo de Berlin, ayuda a comprender el porqué de la elección de Berlin, en “Two Concepts of Liberty”, de la libertad negativa por sobre la libertad positiva, cuestión que Berlin hace en este texto justo después de haber señalado que la libertad no es el único fin humano (BERLIN, 2004: 254). Al hacerlo, Berlin pasó del aspecto explicativo o descriptivo de su propuesta sobre los valores al aspecto justificativo o normativo.

Asimismo, por qué Berlin estuvo dispuesto a reconocer, en la referida dimensión justificativa de su pluralismo, que la inconmensurabilidad o incompatibilidad entre valores no debe ser exagerada, que puede suavizarse (BERLIN, 2004: 81-82), que es posible, frente a un conflicto de valores, llegar a soluciones de compromiso o *trade-offs* (BERLIN, 2002: 172-173; LUKES, 1998: 112-113).

Esto lo aclara en su introducción al artículo antes mencionado, la que escribió para el volumen recopilatorio Cuatro Ensayos Sobre la Libertad: “La posibilidad de comprender a los hombres de la propia época o de cualquier otra y, desde luego, la posibilidad de que éstos se comuniquen entre sí, depende de la existencia de algunos valores comunes, y no sólo de un mundo común «fáctico».

metodológica del pluralismo valorativo puede hacer frente a estas dificultades, ya que si el problema, como sugiere Redondo, trata sobre “la posibilidad de establecer relaciones nomológicas entre ciertas propiedades naturales, por una parte, y ciertas propiedades morales por otra, o, también, acerca de la fuente de la relevancia moral de ciertas propiedades naturales” (REDONDO, 2005: 30); entonces, la tesis metodológica sobre el pluralismo que aquí ofrezco podría hacerse cargo de este problema.

³⁴⁶ De esta manera, “[l]a diferencia que existe entre «razones *por*» y «razones *para*» no es otra que la que va desde la *explicación* de la conducta a su *justificación*: en el primer caso se trata de identificar los factores que *motivan* al agente, mientras que en el segundo estamos hablando de los que *deberían* motivarle, con independencia de que lo hagan o no” (BAYÓN, 1991: 43-44).

Este último es una condición necesaria, pero no suficiente, de la comunicación humana” (BERLIN, 2004: 62). Volveremos sobre este asunto más adelante.³⁴⁷

En este sentido, el pluralismo sería una tesis que justamente trata en primer lugar de elucidar ese fondo moral común, el que Berlin identifica con la existencia de dichos valores, fines o bienes, y cómo ellos son parte de la descripción normal de los seres humanos, al ser presupuestos de las acciones humanas. A este respecto señala: “La aceptación de valores comunes (en todo caso, de un mínimo irreductible de ellos) forma parte de la concepción que tenemos de un ser humano normal” (BERLIN, 2004: 63).

Cabe destacar que Berlin usa de forma intercambiable los términos ‘valores’, ‘fines’, ‘bienes’ o ‘principios’ humanos, de allí que la caracterización que establece es igualmente aplicable a todos ellos. Lo importante, es que la concepción que Berlin tiene de los valores, fines y bienes humanos es fundamentalmente interpretativa de las acciones, prácticas y formas de vida humanas.

El problema que surge con este aspecto de la tesis de Berlin es presuponer que los valores, fines o bienes pueden ser tratadas como hechos. Esto es, la idea de que los valores pueden constituir:

[R]azones que son válidas aunque nadie en el mundo las incluya en su conjunto de preferencias, porque su validez no es relativa a su aceptación por un agente (de manera que sería perfectamente posible evaluar las preferencias últimas o supremas de un individuo desde un punto de vista que no resulte ser meramente el conjunto de preferencias últimas de otro, sino una instancia independiente de ambos, exterior a ellos, objetiva. (BAYÓN, 1991b: 36 n.21).³⁴⁸

¿Cómo debemos comprender filosóficamente la caracterización de los valores que ofrece Berlin?

La tesis más difundida es la de Gray, en el sentido de ella consiste en una especie de realismo interno, es decir, la tesis según la cual “los elementos en el mundo de los valores, aunque ellos sean creaciones históricas —formas de actividad, tales como la ciencia o el arte, formas de vida,

³⁴⁷ Esta es la razón por la cual este aspecto explicativo de su pluralismo atañe más a la ciencias sociales que a filosofía: “En cuanto a la cuestión de cuáles son en realidad los valores que consideramos universales y «básicos» —presupuestos por las ideas mismas de moralidad y humanidad en cuanto tal (si es que ésta es la relación lógica correcta)—, a mí me parece que es una cuestión de tipo casi empírico; es decir, que para responderla, hemos de ir a los historiadores, antropólogos, filósofos de la cultura, científicos de la sociedad de varios tipos, y estudiosos en general, que son los que investigan las ideas fundamentales y las formas esenciales de conducta de sociedades enteras, reveladas en monumentos, formas de vida y actividades sociales, así como también expresiones más manifiestas que sus creencias, tales como las leyes, la fe, la Filosofía y la Literatura. Digo que esto es casi empírico porque es muy difícil, y en la práctica, imposible, pensar todos los conceptos y categorías que dominan la vida y el pensamiento de una gran porción del Globo (aunque no sea todo) durante períodos muy grandes de la historia que conservamos (aunque no son todos), y, en esto, dichos conceptos y categorías son diferentes a las construcciones e hipótesis de las ciencias de la Naturaleza, que son más flexibles y cambiables” (BERLIN, 2004: 83).

³⁴⁸ Una exposición de todos los factores en juego, en BAYÓN, 1991a: 128 y ss.

tales como la amistad o el amor romántico— son sin embargo objetos de estudio independientes, en virtud de los cuales nuestras creencias pueden ser verdaderas o falsas”. Añade Gray, Berlin parece compartir con el último Wittgenstein “la noción de objetividad como lo público [*publicness*], como especificación de lo que pertenece al mundo de las prácticas comunes” (GRAY, 2013: 107). Gray finalmente argumenta que Berlin, inspirado en la filosofía del lenguaje ordinario, en el empirismo y en el realismo, construyó una propia epistemología pluralista.³⁴⁹

De cualquier forma, la objetividad de los valores, le parece a Berlin un hecho evidente, que depende “del grado de constancia que tengan las respuestas humanas (y casi consiste en ellos)” (BERLIN, 2004: 63).³⁵⁰ La tarea de dar con los valores “que consideramos universales y

³⁴⁹ En este sentido, la cuestión más relevante para el pluralismo es de qué manera se relacionan su enfoque descriptivo con su enfoque normativo, es decir, de qué manera la comprensión de los valores humanos, como múltiples, objetivos, conflictivos e inconmensurable, puede ser una condición necesaria de la mutua comunicación e inteligibilidad humana y, al mismo tiempo, proveer de razones para resolver los conflictos que emergen de las combinaciones contingentes de valores en una forma de vida individual o colectiva determinada. Por ello, para la pregunta crucial para el pluralismo es más bien epistemológica, antes que metafísica: “¿Qué clase de teoría del conocimiento puede sostener estas afirmaciones sobre la inconmensurabilidad de valores últimos?” (GRAY, 1993: 293).

El pluralismo objetivo es anti-intuicionista respecto del conocimiento de los valores, como lo era para John Stuart Mill. A esta metodología milliana, Skorupski la llama naturalismo metodológico en la epistemología de la ética. En este sentido, el pluralismo valorativo niega la transparencia de los valores que defiende Raz (véase RAZ; 1986: 269 y ss.). Por ello, antes de abrazar la tesis de la inconmensurabilidad de los valores sostenida por Raz, se debe explorar primero la idea de la objetividad de los valores.

Una manera provechosa de interpretar las epistemologías del valor del pluralismo objetivo es comprenderlo “como una especie de realismo plural en la teoría del valor”, posición que Gray confunde con el perspectivismo (GRAY, 1993: 296). Así, el realismo plural en ética “es la visión que, mientras que existan límites definidos sobre las variedades de la prosperidad humana, hay muchas formas de vida, a menudo exhibiendo bienes divergentes e incombinales, en la que los seres humanos pueden florecer y ninguno de ellos es la única forma de vida correcta para los seres humanos” (GRAY, 1993: 297).

La epistemología que sostendría al realismo plural es el realismo ético disposicional “la visión, atribuida a Mill por Skorupski, de que los valores (como las propiedades secundarias) son descubiertas por nosotros cuando nuestras respuestas provienen de un equilibrio bajo circunstancias adecuadas de experiencia y reflexión” (GRAY, 1993: 297).

En suma, la objetividad de los valores en Berlin viene dada por la defensa de una especie de realismo interno, es decir, la tesis según la cual “los elementos en el mundo de los valores, aunque ellos sean creaciones históricas —formas de actividad, tales como la ciencia o el arte, formas de vida, tales como la amistad o el amor romántico— son sin embargo objetos de estudio independientes, en virtud de los cuales nuestras creencias pueden ser verdaderas o falsas” (GRAY, 2013: 107).

³⁵⁰ Este sentido de objetividad es semejante al que defiende Moreso: “tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco” (MORESO, 2012c: 125). Berlin señala algo semejante “porque un hombre que no puede ver que padecer dolor es un asunto de la mayor importancia en la vida humana—del todo importante—que no pueda ver por qué alguien debería desear saber esto—todavía más—aunque cause o no dolor siempre que él no lo sufra; está virtualmente más allá del alcance de la comunicación del mundo ocupado por mi y mis prójimos. Todo su patrón de experiencia es lejano del mío; la comunicación con él es tan inasequible como lo es con un hombre que piensa que es Julio Cesar o que está muerto o que es el pomo de la puerta, tal como los personajes de las historias de E. T. A. Hoffman. Esto me parece que muestra que el reconocimiento de algunos valores—por generales y escasos que sean—entran en la definición normal de lo que constituye un ser humano con plenas capacidades” (BERLIN, 1964: 222-223). En este sentido, parece más adecuado comprender lo que Berlin quiere apuntar con esta idea, con un uso del valor

«básicos» —presupuestos por las ideas mismas de moralidad y humanidad en cuanto tal [...]—, a mí me parece que es una cuestión de tipo casi empírico: es decir, que para responderla hemos a los historiadores, antropólogos, filósofos de la cultura, científicos de la sociedad [...]” (BERLIN, 2004: 83).³⁵¹

Por su parte, para entender de qué manera la inconmensurabilidad de los valores, fines y bienes humanos es, en este punto, un obstáculo para la propuesta interpretativa de Dworkin, se debe presentar brevemente cuáles son sus ideas al respecto. Con este fin, discutiré la versión más elaborada, sistemática y ambiciosa de su teoría, la que puede encontrarse en su libro *Justice for Hedgehogs* (2011).

En *Justice for Hedgehogs*, Dworkin da un paso más allá con su propuesta interpretativista, construyendo una teoría de la interpretación con pretensiones generales, respecto de la cual la interpretación jurídica sería una especie. Obviamente, lo que Dworkin plantea en esta obra supone el desarrollo previo en el ámbito específicamente jurídico de una teoría de la interpretación. Debido a la conexión conceptual de la teoría general con la especial, las razones que sirven para cuestionar la primera se aplican de igual modo a la segunda.

La teoría general de la interpretación que propone Dworkin se sustenta en cuatro pilares: En primer lugar, que “la interpretación es un fenómeno social basado en prácticas” las que buscan la verdad; en segundo lugar, que las prácticas interpretativas “requieren, o están estructuradas por, o incluso pueden estar constituidas por, el uso de ‘conceptos’”; en tercer lugar, que la interpretación es “una actividad creativa y holística, en la cual buscamos un equilibrio reflexivo entre todas nuestras convicciones y principios y nuestras interpretaciones de las prácticas, objetos

moral en sentido descriptivo y no adscriptivo (véase BAYÓN, 1991a: 138). Obviamente, cabría la idea de que los valores a los que un individuo puede adherir y que conforman su forma de vida, constituyan razones que autointeresadas, es decir, que permitan “aceptar restricciones de la satisfacción del propio interés”, esto es, que la moralidad pueda contribuir “a la satisfacción de los intereses de los individuos de una manera más efectiva que la prudencia”. En el fondo, en el sentido berliniano, tener valores y compartirlos con otros en una forma de vida es lo que nos hace ser quien somos, poseer una identidad y, por ello, estaríamos dispuestos en principio a actuar conforme a los valores que poseemos con tal de seguir siendo quienes somos, lo que para Berlin, al menos en el sentido explicativo de su pluralismo, resulta en un cuadro de la identidad humana que posee algo estático (porque reconoce que los valores cambian, pero no lo hacen tanto ni tan rápido). El problema de interpretar de esta manera el pluralismo de Berlin, es enfrentarse a lo que Berlin expuso en sus escritos, donde elude consistentemente usar la expresión interés (o derechos) dentro de su concepción de la ética. En su lugar, usa de manera consistente las expresiones ‘valores’, ‘fines’ o ‘bienes’ humanos. Como señala Cherniss, “El examen más significativo de la teoría ética de Berlín de los años treinta, las notas de sus conferencias sobre la ética de Hume (1935), reflejan esta preocupación sobre la comprensión interpersonal, y anticipan su concepción posterior de la moralidad en términos de valores que no derivan de la naturaleza, sino de ser adoptadas como objetivos por los individuos” (CHERNISS, 2013: 11), sin embargo, Berlin fue progresivamente abandonando esta postura: luego, “Berlin conectó así la teoría ética con la capacidad de comprender y comunicarse con los demás” (BERLIN, 2013: 13).

³⁵¹ Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

y conceptos”; en cuarto lugar, la interpretación “es predominantemente anti-escéptica en su suposición de que existe una respuesta correcta a las preguntas sobre valores o verdad interpretativa” (FALLON, 2010: 537-538). Aquí solo se discutirá la tercera y cuarta tesis, aunque de igual manera se referirá indirectamente a las otras dos.

Respecto de la tercera tesis, dice que “La interpretación es predominantemente holística. Una interpretación entrelaza una multitud de valores y suposiciones de muy distinta clase, provenientes de muy diferentes clases de juicios o experiencias, y la red de valores que figuran en un caso interpretativo no admite ninguna jerarquía de dominio o subordinación” (DWORKIN, 2011: 154).

¿Qué entiende por valor Dworkin? Señala que se debe distinguir los valores de lo deseado [*desideratas*]: “Los valores tienen fuerza de juicio [*judgmental force*]. Debemos ser honestos y no crueles, y nos habremos comportado malamente si somos crueles o deshonestos. Los *desiderata*, por el contrario, son lo que queremos, pero no hacemos nada inadecuado al no tener. O no tener la mayor cantidad de lo que se podría” (DWORKIN, 2011: 118). Y poseen esta fuerza de juicio porque los conceptos morales como el de valor, son conceptos interpretativos: “su uso correcto es una cuestión de interpretación, y las personas que los utilizan no están de acuerdo sobre cuál es la mejor interpretación” (DWORKIN, 2011: 120).

Respecto de la cuarta tesis, señala que sostener el escepticismo viola el principio de la epistemología moral o el principio de Hume, el que sostiene que “ninguna serie de proposiciones sobre cómo el mundo es, como asunto de hechos científicos o metafísicos, puede proveer un caso exitoso sobre sí mismo —sin algún juicio de valor escondido en sus intersticios— por cualquier conclusión sobre qué debe ser el caso” (DWORKIN, 2011: 44). Este escepticismo moral interno, surgió como consecuencia del nuevo código epistemológico de la modernidad, el que impactó la comprensión de los valores: “Este es el Gibraltar de todos los bloqueos mentales: que algo distinto del valor debe asegurarlo si queremos tomarnos el valor seriamente” (DWORKIN, 2011: 15).

De allí que, sorprendentemente, Dworkin sostiene que el principio de Hume “adecuadamente entendido, permite sostener, en vez del escepticismo sobre la verdad moral, la independencia de la moralidad como un departamento separado del conocimiento con sus propios estándares de indagación y justificación” (DWORKIN, 2011: 17).

Para él, la objetividad está garantizada debido a la clase de práctica social de que se trata, a la naturaleza interpretativa de los conceptos que la moralidad utiliza, los que apelan a la verdad: “debido a que la verdad sobre la moralidad sólo consiste en qué muestra el mejor caso, nuestras

convicciones morales no pueden estar irremediabilmente equivocadas”. Esto resulta curioso, toda vez que Dworkin propone una corrección interpretativa de esa verdad, radicalmente distinta a la de las ciencias y vinculada tanto a la responsabilidad moral como al principio de Hume, la que implica que: “Nuestra cultura o educación u otros factores de historia personal, pueden impedirnos apreciar el mejor de los casos. Pero las personas con diferentes historias personales podrían también descubrirlos y apreciarlos. La verdad moral siempre está dentro de la comprensión humana de una manera que la verdad científica no siempre puede estarlo” (DWORKIN, 2011: 122).

Una de las consecuencias de esta visión de la moralidad y de los valores, es que permite sostener la tesis de la respuesta correcta, es decir la tesis que afirma que “frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política” (DWORKIN, 2012a: 396), ya que ella sería el producto de una práctica social interpretativa que utiliza conceptos interpretativos, tales como valor y moralidad.³⁵²

Tanto la postura de Berlin como la Dworkin sostienen la objetividad y multiplicidad de los valores: la de Berlin, como parte de la descripción normal de un ser humano y de “la constelación de valores que forman mi estilo de vida” (LUKES, 1998: 101); y la de Dworkin, como parte de una práctica social que es interpretativa. Asimismo, ambos entienden que los valores poseen un papel interpretativo de las acciones y prácticas humanas. Por ello, a pesar de que ambos autores rechazan una concepción metafísica robusta de los valores, al mismo tiempo, ambos recelan del escepticismo, afirmando que los valores, al ser entidades sociales, no pueden ser subjetivos, sujetos a los caprichos o preferencias personales de los agentes morales.³⁵³

³⁵² Contra esta idea, véase AARNIO, 2010. Especialmente, ATIENZA, 2010, que se basa en la idea de conflictos trágicos.

³⁵³ Hay una posición que se opone a la clase de objetividad que tanto Berlin como Dworkin defienden. Se trata de la caracterización de los valores que presenta Scanlon, cuya estrategia consiste en lo que denomina escurrir el bulto: “Pero pese a que ser valioso no puede identificarse con tener algún conjunto de propiedades naturales, no deja de ser verdad que el hecho de que algo tenga esas propiedades puede constituir una base para concluir que es valioso”. Él se pregunta, ¿cuál es la relación entre propiedades naturales, propiedad de ser valioso y las razones que tenemos para actuar? Ofrece dos respuestas: “La primera consiste en sostener que cuando algo posee las propiedades naturales adecuadas tiene además la propiedad ulterior de ser valioso, propiedad que nos provee razones para obrar o reaccionar de determinada manera al respecto”. Esta es la respuesta que Moore adoptaría en *Principia Ethica* y que de cierta manera sería compartida por Berlin, dada la forma en que Berlin propone conocer los valores. Sin embargo, estaría en tensión con la idea de que los valores, fines y bienes humanos son últimos, es decir no se escogen por otra cosa, lo que sugiere que Berlin los considera de carácter primitivo y, por ende, poseedores de una normatividad intrínseca.

La segunda alternativa, que Scanlon considera correcta “consiste en sostener que el ser bueno, o valioso, no es propiedad que por sí sola suministre una razón para responder a algo de un modo determinado, sino que estriba en tener otras propiedades que son las que constituyen las razones para actuar” (SCANLON,

Por ello, una de las diferencias claves entre Berlin y Dworkin es la idea del conflicto entre valores, que el primero afirma y que el segundo niega. Veamos primero una caracterización general de ellos.

Bernard Williams caracteriza el problema de los conflictos de valores previniéndonos de dos trucos usuales que se han utilizado en el debate. El primero, suponer que el caso en que, entre dos obligaciones, una se evapora (caso de la promesa de caridad al padre moribundo), es el caso paradigmático o patrón que permite resolver los casos más complejos de conflicto de valores. El segundo, que los partidarios de la idea de que “deber implica poder” son incapaces de explicar por qué en el caso en que una obligación supere a la otra el agente (la más rigurosa a la menos rigurosa) coloca al agente en la posición de tener que realizar algún tipo de actividad compensatoria (véase WILLIAMS, 1993: 101 y ss.). Es pertinente realizar esta distinción, ya que, como veremos en el caso de Dworkin, es parte de las estrategias que se utilizan para negar la existencia del conflicto moral. Para el pluralismo valorativo, dada las características de los valores humanos, los conflictos morales no solo proliferan en el ámbito moral y son inextinguibles, sino que primeramente son genuinos.

Por ello, el pluralismo valorativo ha reconocido la existencia de diversos tipos de conflictos morales: conflictos de obligaciones “presentan un conflicto entre acciones determinadamente especificadas”; conflictos trágicos “son además peculiares en el sentido de que se encuentran más allá de de las trayectorias ordinarias del pensamiento moral”; conflictos de valores “que se encuentran en un nivel en que la interpretación en la acción es menos determinada e inmediata”; y conflictos de virtudes “aún más lejos de la elecciones particulares de acción o política se encuentran las evaluaciones de las características humanas admirables, o virtudes, como el valor, la delicadeza, la honestidad, la independencia de espíritu, etc.” (WILLIAMS, 1993: 102-103).

Otra nomenclatura propuesta ha sido: “obligaciones conflictivas”; “conflictos de fines, metas o valores”; “conflictos entre concepciones del bien”, por ejemplo, códigos morales; “conflictos entre afirmaciones morales de diferente tipo”, por ejemplo, deontología y consecuencialismo (LUKES, 1991: 5-7).

2003: 131). Esta última postura es cercana a la sostenida por Rawls en *A Theory of Justice*, ya que ofrece una forma de constructivismo moral, al considerar a la razón moral como una noción primitiva e incondicionada, la que sería defendida en parte por Dworkin, ya que afirma el carácter interpretativo de los conceptos morales, como el de valor, aunque tensionaría esta interpretación, la idea de Dworkin de que la moralidad es un dominio separado que se rige por el principio de Hume. Responder al entendimiento de los valores que ofrece Scanlon, y otros autores influidos por Kant, es parte del desafío que tanto Berlin como Dworkin deben superar este punto.

El problema de la propuesta de Berlin no es por qué justifica la existencia, vale decir, qué causa el conflicto moral, que según Berlin se debe a las características intrínsecas de los valores humanos y a las limitaciones de la vida humana, que permiten instanciar solo una cantidad finita de valores; sino, cómo solucionar los conflictos de valores. Esto será abordado más adelante. Aquí solo cabe señalar que el motor del conflicto moral es que los valores son inconmensurables.

Los comentaristas han entendido que esto quiere decir dos cosas. El caso general, donde inconmensurabilidad quiere decir incomparabilidad, porque no existe una escala única de valores (véase CHANG, 1997: 1), o el caso especial, cuando estamos en un caso concreto y tenemos que elegir entre valores igualmente últimos, situación en la cual se rompe la relación de transitividad, el caso donde “ninguno es mejor que el otro o que son todos de igual valor” (RAZ, 1988: 342), pudiendo ser el caso que *A* sea mejor que *B* y *B* mejor que *C*, pero en caso alguno se puede afirmar que por eso *A* sea mejor que *C*. Raz llama a esto la marca de la inconmensurabilidad.³⁵⁴

De cualquier manera, enfrentar dicha variedad de conflictos morales requiere de un entendimiento adecuado del razonamiento práctico, como veremos más adelante. Como afirma Berlin, si los valores son múltiples y entran a menudo en conflicto unos con otros, si, además, son inconmensurables, vale decir, igualmente últimos, de igual valor e incomparables, y si, finalmente, son objetivos, vale decir, su posesión nos hace ser la clase de seres que somos, a pesar de que su contenido cambie en el tiempo y entre las distintas formas de vida; la pregunta que surge es, ¿cómo se solucionan los conflictos entre valores, fines o bienes?

Se han intentado varias respuestas a esta pregunta. Una de ellas la sugiere Crowder, en el sentido de que dichos conflictos estarían infradeterminados por la razón, ya se trataría de una cuestión de preferencias personales, en al que solo cabe elegir (véase CROWDER, 1994). Este artículo tuvo una concisa, contundente y bien estructurada respuesta por parte de Isaiah Berlin y Bernard Williams. Ellos parten reconociendo que el artículo de Crowder identifica correctamente al pluralismo con la tesis de la inconmensurabilidad, en los términos de que no existe una medida común para tasar los valores, lo que implica “que no hay otro procedimiento determinado y general para resolver conflictos” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 306). Critican que se refiera a la inconmensurabilidad de los valores en términos de que está infradeterminada por la razón, sin explicar qué quiso decir con eso.

³⁵⁴ Raz señala que esta es una marca, más no la definición de inconmensurabilidad: “Tenemos aquí una manera simple de determinar si dos opciones son inconmensurables, dado que se sabe que ninguna es mejor que la otra. Si es posible que una de ellas sea mejorada sin llegar a ser mejor que la otra, o si puede haber otra opción que sea mejor que la primera pero no mejor que la otra, entonces las dos opciones originales son inconmensurables” (RAZ, 1988: 325-326).

Para Berlin y Williams, Crowder quiere decir que “si en una situación particular yo creo que, digamos, la lealtad es más importante que la justicia, no hay espacio para que cualquiera esté racionalmente de acuerdo o en desacuerdo conmigo” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 307). Su acusación sería que Crowder sugeriría que, en un contexto determinado, las consideraciones para elegir algo o no serían racionales, o bien sería una cuestión de gustos.

Pero, ¿por qué suponer que esos juicios son menos racionales o razonables de lo que podría ser una regla de prioridad [*priority rule*], o un caso de juicios de importancia? A este respecto señalan: “Es verdad que hay algunos conflictos, particularmente aquellos asuntos de política pública, que es mejor decidir por reglas simples y públicas que por juicios de importancia”, como también hay otros asuntos que bien vale la pena dejarlos a tales juicios. Pero no hay “un procedimiento mecánico para decidir cuál es cuál”. Recalcan que “las decisiones prácticas no pueden ser hechas en principio de manera completamente algorítmica”. Señalan que Crowder se muestra inseguro de decidirse por cuál de las diferentes visiones de los potenciales conflictos de valores adscribe al pluralismo: si aquella que señala “que no es un requerimiento de la razón que debe haber un valor que en todos los casos prevalezca sobre otros” o de que “la razón no tiene nada que decir” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 307).

El papel que juega dicha infradeterminación de la razón en el argumento de Crowder parece ser muy importante, ya que permite sostener que el pluralismo valorativo es una especie de relativismo encubierto, cuestión sobre la que volveremos más adelante.³⁵⁵

La otra respuesta, por lejos, la más sugerente, ha sido la de Dworkin, en el sentido de señalar que dichos conflictos entre valores no son conflictos verdaderos. La propuesta de Dworkin apunta directamente a eliminar la posibilidad de afirmar que en determinadas situaciones concretas no haya una respuesta correcta sobre lo que se debe hacer, sino solo respuestas, vale decir, a la posibilidad de que existan juicios de indeterminación e inconmensurabilidad y conflictos morales irresolubles. Este punto es clave para la comprensión que Dworkin tiene del derecho como una práctica social fundamentalmente interpretativa. La vinculación de la tesis de la determinación del derecho con el conflicto de valores, ha sido pertinentemente vinculada en el debate.

Como dije, Dworkin defiende la idea de que no hay genuinos conflictos de valor que necesitan adjudicación (véase DWORKIN, 2011: 119). Dworkin se opone a la lo que él denomina

³⁵⁵ Gray sugiere algo semejante a Crowder: “Es verdad respecto de muchos bienes, según Berlin, que ellos son rivales y conflictivos. Más aún, Berlin niega que, cuando tal competencia entre bienes ocurre, es siempre posible de resolver por la aplicación de un estándar racional. Los bienes humanos son no solo incombinables; muchas veces ellos son inconmensurables. Esta es la celebrada doctrina de Berlin del pluralismo valorativo” (GRAY, 2013: 79).

escepticismo interno, el que se expresa en diversos tipos de juicios: a) juicios morales negativos: “los que no ofrecen guía o exigencias” (DWORKIN, 2011: 88). Un ejemplo de este tipo de juicios es el que afirma que la moralidad no condena ningún tipo de práctica sexual practicada consentidamente por adultos; b) juicios de indeterminación: que establecen que no hay respuestas correctas debido a que los argumentos a favor o en contra de tal o cual cuestión moral se juzgan que no son mejores ni peores, o bien, que al realizar una comparación moral creemos que ambos están a la par, es decir, son inconmensurables (por ejemplo si comparamos logros o talentos). Sin embargo, Dworkin señala que la indeterminación debe distinguirse de la incertidumbre, que como en el caso de Antígona respecto de si debía o no enterrar a su hermano, se piensa que “no es ni verdadero ni falso que ella tenía ambos deberes, más bien que es verdadero que ella tenía ambos. Esta es una pretensión no de indeterminación sino, podríamos decir, de demasiada determinación” (DWORKIN, 2011: 88); c) juicios de conflicto: que “se muestran escépticos internamente porque niegan que la moralidad proporcione alguna orientación en sus premisas” (DWORKIN, 2011: 89-90).

El primer punto que Dworkin ataca es que los juicios de indeterminación sean los juicios por defecto ante una situación concreta de no-respuesta correcta [*no-right-answer*]. Frente a esto sostiene que: “Este enfoque asume que, aunque los argumentos positivos son necesarios para establecer afirmaciones positivas sobre cuestiones morales, de un modo u otro, la imposibilidad de encontrar tales argumentos positivos es suficiente para apoyar la tesis de la indeterminación” (DWORKIN, 2011: 90). En el fondo, en casos de no-respuesta correcta se confunde la indeterminación de los juicios con su incertidumbre: “Pero en todos estos aspectos la indeterminación difiere de la incertidumbre. ‘Estoy inseguro si la proposición en cuestión es verdadera o falsa’ [incertidumbre] es claramente consistente con ‘Es una o la otra’, pero ‘La proposición en cuestión no es ni verdadera ni falsa’ [indeterminación] no lo es” (DWORKIN, 2011: 90).

Según Dworkin, dicha distinción tripartita hace colapsar la tesis de la indeterminación como la respuesta por defecto en casos de no-respuesta correcta, ya que “si una de estas alternativas — incertidumbre— se sostiene por defecto, entonces la indeterminación, que es muy diferente, no se puede sostener”. Esto, en lo que consiste el punto de Dworkin, nos conduce a tener que encontrar casos positivos para poder hablar de indeterminación. Para poder sostener, por ejemplo, que, entre dos vinos, “ninguno es mejor que el otro, pero, sin embargo, ambos no son iguales”, se debe contar con una teoría positiva, en nuestro ejemplo, sobre la grandeza del vino (DWORKIN, 2011: 91).

La estrategia de Dworkin, en definitiva, es intrincada. Supone considerar primero en abstracto si son posibles los casos de indeterminación e inconmensurabilidad, lo que niega, ya que los reinterpreta como casos de incertidumbre. Luego, de la incertidumbre no se sigue que no haya respuesta correcta, sino más bien solo que quizás no sabemos cuál es. El problema es que esta tesis se sostiene solo si se procede a considerar en concreto los casos de indeterminación e inconmensurabilidad, como insiste Dworkin que deben resolverse los conflictos morales y jurídicos. Solo un examen cuidadoso de las circunstancias concretas nos llevará a reinterpretarlos como casos de incertidumbre.

Aquí entra a jugar una noción que explícitamente, pero sin mayor desarrollo, Dworkin introduce: la de los juicios que se adoptan tomando todas las cosas consideradas [*all things considered*]. A pesar de ser una noción ampliamente utilizada, hay varias dificultades para dar cuenta adecuadamente de esta noción. Uno de estos intentos ha sido desplegado por Ruth Chang, quien sustenta la tesis de que este tipo de juicios en realidad porta valores innominados, los que son capaces de aglutinar las cosas que hay que tener en consideración, en una relación normativa capaz de sostener tales juicios. Como señala:

Si mi propuesta es correcta, entonces, en términos generales, “tomando todas las cosas en consideración”, es un marcador de posición para un valor más amplio que determina la importancia relativa de las cosas consideradas [...] Yo creo que, en muchos casos en los que las consideraciones relevantes para la resolución de, “tomando todas las cosas en consideración”, son muy diferentes, el valor más amplio que da cuenta de sus relaciones normativas no tiene nombre [...] La falta de nombre de un valor es un producto accidental de nuestras prácticas de nomenclatura (CHANG, 2004: 3).

Si Chang tiene razón, entonces la estrategia de Dworkin solo difiere el abordaje del conflicto entre valores al momento de analizarlo en concreto, ya que la posibilidad de realizar tales juicios descansa en último término en la elucidación de valores innominados que están en juego y que permiten aglutinar los valores que evaluarán tomando todas las cosas en consideración. Nada impide que esos valores elucidados en la deliberación puedan entrar en conflicto, tanto con otros valores innominados como con los valores objeto de los juicios que toman todas las cosas en consideración.

En este sentido, hemos visto que el Tribunal, para evaluar si ciertas medidas de interferencia con los derechos que adoptan los Estados han o no violado las obligaciones impuestas por el Convenio, aplica los principios de la democracia y el pluralismo, que serían estructurales al sistema del Convenio. Es obvio que podríamos interpretar esta estrategia desde el punto de vista

de la teoría de Dworkin: ellos serían los valores innominados que se deben tener en cuenta, todas las cosas consideradas.

Pero, como defiende el pluralismo, la introducción de esos principios, por más relevantes que sean para el sistema del Convenio, no permiten, por sí solos, resolver el conflicto que el Tribunal debe adjudicar, sino que son solo principios que el Tribunal tiene que tener en cuenta, como parte de un ejercicio contrastivo entre ellos y los principios que surgen del contexto del Estado que se trate, que, dada la ausencia de consenso y valores comunes europeos, debe atender para resolver el caso.

En este sentido, el entendimiento de los valores que propone Berlin se opone al de Dworkin, ya que permitiría sustentar juicios de no-respuesta-correcta [*no-right-answer judgment*] en los asuntos prácticos, lo que sería, según Dworkin, fuente de conflicto. En este sentido, hay una dependencia conceptual entre la tesis de la indeterminación y los juicios de no-respuesta correcta y, por lo tanto, concebir a los valores como inconmensurables supondría colapsar ambas tesis.

De allí que, el caso de la aplicación del Margen de Apreciación, en el contexto de interpretación de los derechos del sistema del Convenio que continen cláusulas de limitación explícitas, me parece, desde la perspectiva de este debate entre pluralismo berliniano y monismo dworkiniano, un ejemplo patente de juicio de no respuesta correcta.

3. Pluralismo y relativismo.

La tesis del pluralismo valorativo es relativamente neutral en metaética. Esto quiere decir que hay muchas formas de reconstruirla desde un punto de vista metaético. No me propongo hacer esto aquí, sino simplemente llamar la atención sobre una cuestión que se afirmó en la sección anterior y que es relevante para la caracterización del pluralismo como distinto y opuesto al relativismo, aunque comparte con él su atención al contexto.³⁵⁶

Vimos que el pluralismo sostiene sobre los valores una tesis objetivista. ¿Qué quiere decir esto? Que no se debe confundir realismo con objetivismo moral.³⁵⁷ Una ontología no tiene por qué limitarse solo a objetos. “¿Pero si la ontología del valor moral no es la ontología de los objetos, entonces cuál es?”. Ha habido dos estrategias: suponer que las propiedades morales son *sui generis* (el famoso argumento de la cuestión abierta de G.E. Moore); o “articular co-extensiones entre las propiedades morales y cierto conjunto de propiedades naturales” (DELAPP, 2009: 5). A mi juicio, ambas estrategias son inadecuadas, la primera por inconclusiva y la segunda por elusiva, ya que buscan resolver el problema mediante otro concepto igualmente problemático: la superveniencia.

Existe una tercera estrategia, que me parece que permite reconstruir de mejor manera la tesis pluralista sobre los valores, que es la adoptada por McDowell, la consiste en considerar las propiedades morales como cualidades secundarias, vale decir, de manera análoga a los colores. Aunque debe tomársela con cierta cautela, por las razones que luego explico. McDowell las define de la siguiente manera:

Una cualidad secundaria es una propiedad de atribución respecto de un objeto el que no es adecuadamente entendido sino como verdadero, si bien es cierto, en

³⁵⁶ Por eso se ha dicho que el pluralismo de Berlin tiene una sensibilidad realista, como parte de la reacción de la filosofía analítica al idealismo británico: “El pluralismo de Berlin refleja la sensibilidad intelectual general de la reacción realista contra el idealismo, con su preferencia por distinguir las cosas claramente entre sí, y la sospecha de los intentos de fusionar o reconciliar las distinciones —un impulso manifiesto en la declaración de Moore de que ‘buscar una unidad y sistema’, a expensas de la verdad no es, así entendido, el negocio propio de la filosofía” (CHERNISS, 2013: 45). Veremos, sin embargo, que esto no nos debe llevar a interpretar su pluralismo en términos realistas, ya que esto dificulta la comprensión de una idea central en Berlin: la idea del conflicto de valores. Tampoco debe llevarnos a caracterizar el pensamiento de Berlin como frontalmente opuesto al idealismo británico. Por el contrario, en otra parte he mostrado las deudas que tiene Berlin con el pensamiento de Collingwood y Croce (véase ANDRADE, 2009).

³⁵⁷ Por ejemplo, lo que Dworkin entiende por realismo moral, es distinto del objetivismo moral, como confunde Pietro Sanchís (véase PRIETO SANCHÍS, 2010: 111-114), quien achaca también el objetivismo moral a Moreso (PRIETO SANCHÍS, 2010: 115). En realidad, el pluralismo, como vimos, es compatible con diversos tipos de objetivismo. Para un análisis del objetivismo y su importancia para el derecho, véase MORESO, 2012b.

virtud de la disposición del objeto de presentar un cierto tipo de apariencia perceptual: específicamente, una apariencia caracterizable mediante el uso de una palabra para la propiedad misma para decir cómo aparece el objeto perceptualmente aparece. De esta manera, que un objeto sea rojo se entiende que lo es en virtud de que el objeto sea tal como (en ciertas circunstancias) se ve, precisamente, rojo. (MCDOWELL, 1988: 168).³⁵⁸

Su teoría sostiene que los valores morales serán análogos a las cualidades secundarias, las que son disposiciones para lograr en el individuo ciertas experiencias y percepciones en determinadas condiciones.

De esta manera, el pluralismo valorativo puede ser interpretado, tal como sostiene Grey véase GRAY, 2013: 79), como una especie de realismo moral, un realismo ético disposicional, el que sería una verdadera teoría intermedia, una que es capaz de mediar entre los objetos externos y quienes los perciben.³⁵⁹ La ventaja de esta posición es que:

[P]ermite que los valores morales existan independientemente de las creencias, sin que por ello se apruebe la visión implausible de que los valores morales existen independientemente de cualquier sensibilidad humana [...] los valores morales pueden ser realmente independientes de las creencias, incluso si la articulación de los valores requiere necesariamente referencia a las características de los agentes. Por ejemplo, las exigencias morales, como ‘la pena capital es moralmente mala’ no se puede expresar de manera significativa sin hacer referencia a conceptos como la muerte, los derechos, la justicia, el abandono, el sufrimiento o la disuasión, ninguno de los cuales a su vez tiene sentido independientemente de las posibilidades de nuestra biología, la psicología y los marcos político-sociales. (DELAPP, 2009: 6).

Dicho esto, se entendería por qué el pluralismo aspira a reunir una explicación sobre los valores morales con una justificación frente al conflicto entre ellos. Además, por qué, a pesar de reconocer una diversidad valorativa irreductible en el mundo, puede, al mismo tiempo, hacer frente a los conflictos entre valores apelado a un grado de objetividad.

Sin embargo, el realismo ético disposicional no deja de ser una variedad de realismo. Esta es una cuestión metaética que trataré brevemente, solo porque ella tiene relevancia para poder distinguir al pluralismo del relativismo moral, que es la cuestión central de esta sección, ya que si el

³⁵⁸ Por eso Wiggins, que argumenta en forma similar a McDowell, se refiere al “antropocentrismo del color” (véase WIGGINS, 1998: 106-107).

³⁵⁹ El realismo ético disposicional sería “la visión de que las propiedades éticas son especificadas por consideraciones empíricamente reconocibles [*discoverable*], consideraciones reductivas que tratan las propiedades morales como constitutivamente dependientes de las respuestas de los evaluadores o de las disposiciones para responder. Dichas consideraciones pueden ser representadas por un bicondicional de la siguiente forma: *X* tiene el valor *V*, si y sólo si los evaluadores, en condiciones apropiadas, responderían a *X* con la reacción *R*” (BROWER, 1993: 222).

pluralismo fuera solo una forma encubierta de relativismo, no podría haber conflictos morales genuinos, no al menos en la forma en que los presentaré aquí como desacuerdos intachables.³⁶⁰

En primer lugar, aquí consideraré la diferencia entre las preguntas éticas y metaéticas como una diferencia en la perspectiva desde la cual realizamos dichas preguntas. Las preguntas metaéticas son, en este sentido, preguntas de segundo orden: son externas al cuerpo teórico constituido por las afirmaciones sobre la moral que el pensamiento ético articula. Es decir, las preguntas metaéticas son una variedad de preguntas, las de segundo orden, las que formulamos cuando “preguntamos sobre el estatus de las afirmaciones de una disciplina sin sostener ninguna visión substantiva dentro de dicha área” (SHAFER-LANDAU, 2010: 481). De esta manera, las preguntas de primer orden pertenecen al dominio de la ética normativa, mientras que las de segundo orden, al de la metaética:

Mientras que la ética normativa se preocupa de contestar preguntas morales de primer orden, sobre qué es bueno y malo, correcto e incorrecto, virtuosos y viciosos, la metaética se preocupa de contestar preguntas no-morales de segundo orden, que incluyen (pero no se restringen a) preguntas sobre semántica, metafísica, y epistemología del pensamiento y discurso moral. La metaética, entonces, como una rama reconocida de la ética, es parte del legado filosófico de *Principia Ethica*” (HORGAN and TIMMONS, 2006: 1).

¿Pueden ser descriptivas las preguntas metaéticas? En este sentido, las preguntas de segundo orden aspiran a ser neutrales, es decir, a no estar comprometidas con ninguna visión particular de la ética. La pregunta descansa en la posibilidad de que la metaética realice una descripción sobre la ética.

Dentro de la tradición filosófica analítica, dicho enfoque proviene de la filosofía de Moore. En su *Principia Ethica* (1903), cuando discute la naturaleza de la ciencia ética, Moore habría distinguido dos tesis respecto del objeto de la ética: la tesis de la independencia, “según la cual la semántica y las preguntas metafísicas relacionadas —preguntas metaéticas— pueden ser cultivadas independientemente de y priman sobre la indagación de las cuestiones substantivas respecto de la clase de ítems que son buenos o malos, correctos o incorrectos, virtuosos o valiosos”; y la tesis de la primacía, “según la cual el concepto de bondad (y maldad) es más fundamental que y puede

³⁶⁰ Creo que la traducción más adecuada al castellano de la expresión *faultless disagreements* es ‘desacuerdo intachable’ (LUQUE, 2013: 440), en vez de ‘desacuerdo irrecusable’ (LUQUE y RATTI, 2012: 15), porque ‘recusar’ en castellano quiere decir no aceptar algo, por lo que no acaba de capturar la idea de que esa no-aceptación es de buena fe y con razones, no simplemente por mero querer. Además, la expresión ‘recusar’ es poco utilizado en el habla cotidiana en Hispanoamérica, donde es más común ‘rehusar’, pero no así en el derecho, donde tiene un sentido técnico. Por ello, creo que captura mucho mejor el concepto la expresión ‘desacuerdo intachable’, en el sentido de que no tiene falta o defecto.

ser usado para definir a los conceptos de corrección (e incorrección) y virtud (y vicio)” (HORGAN and TIMMONS, 2006: 1-2). La tesis más sugerente es la tesis de la independencia.

Así, ¿es posible tal descripción des-comprometida? Una taxonomía simple de las preguntas de segundo orden, puede contribuir a responder esta pregunta.

Para estos propósitos, distinguiré entre preguntas de segundo orden explicativas (P2Ex) y preguntas de segundo orden evaluativas (P2Ev). Un ejemplo de una pregunta P2Ex sería: “¿Qué clase de ética sostiene Kant es su Metafísica de las Costumbres?” Una respuesta a esa pregunta consistirá en una explicación de esa ética si ofrece un conjunto de proposiciones verdaderas relacionadas entre sí. Así, una respuesta a dicha pregunta sería: “Kant sostiene una ética deontológica o ética del deber”, afirmación que podría ser verdadera o falsa, dependiendo de los criterios que se utilicen para responder a esa pregunta, a saber, definiciones, clasificaciones, comparaciones, ejemplos, entre otros. El conjunto de todas las proposiciones verdaderas que dan cuenta del contenido significativo de esa obra qua ética, dadas en un discurso y en un contexto adecuado, articulan una descripción general de ella que cuenta como una explicación.

Un ejemplo de pregunta P2Ev sería: ¿Es la ética kantiana una mejor explicación de la moral que el utilitarismo? Una respuesta a esa pregunta consistirá en una evaluación de esa ética si ofrece una comparación satisfactoria de ella con el utilitarismo, lo que supone describir ambas éticas a través de un conjunto articulado de proposiciones verdaderas, y un criterio para juzgar su mayor o menor corrección como explicación de la moral.

La característica compartida de las P2Ex y de las P2Ev, es que ambas descansan en la posibilidad de describir en general una ética, es decir: (1) Articular en un discurso un conjunto relacionado de proposiciones o afirmaciones verdaderas sobre un tema (v. gr., sobre la ética); (2) En un contexto informativo donde se busca atribuir dichas actitudes proposicionales a un determinado sujeto (v. gr., Kant).

El problema de las preguntas metaéticas, como preguntas de segundo orden, no consiste tanto en elucidar la posibilidad de que existan las P2Ex y las P2Ev, esta es una cuestión metodológica que la metaética da por supuesta, sino más bien en determinar en qué consiste realizar (1), es decir, no solo si es posible realizar un conjunto de proposiciones o afirmaciones verdaderas sobre la ética que den cuenta de ella, sino que también si ella misma incluye proposiciones o afirmaciones verdaderas sobre la moral. Esto quiere decir, si gracias al cultivo de la metaética podemos alcanzar una mejor comprensión de la ética y, por consiguiente, del mundo moral. Dentro de la tradición analítica, por ejemplo, con “la pregunta ‘¿Qué es bueno?’ [...] queremos decir que se pregunta

no qué cosa o cosas son buenas, sino cómo se define ‘bueno’” (MOORE, 1922: 5), es decir, el famoso enfoque analítico-lingüístico que dicha tradición diseminó tan eficientemente en la filosofía del siglo XX.

Dicho enfoque tradicional, concibe a la ética (y a la filosofía) como una actividad cuya provincia es fundamentalmente lingüística.³⁶¹ Hay al menos dos tipos de objeciones que se pueden plantear a la tesis según la cual las preguntas metaéticas, *qua* preguntas de segundo orden, incluyen proposiciones o afirmaciones verdaderas sobre la moral.

La primera, es la dificultad obvia de determinar, por una parte, con respecto a qué, las afirmaciones ofrecidas como respuesta a una P2Ex, son verdaderas o falsas; y, por otra, cómo se construye el criterio de corrección de las P2Ev, que permite juzgar su mayor o menor conformidad como explicación de la moral. Estas objeciones se pueden unir bajo la categoría de objeciones corroborativas.

La segunda, ataca la idea misma de caracterizar la metaética a través de preguntas de segundo orden, ya que ello presupone la posibilidad de describir objetivamente la ética. Esto resulta dudoso para algunos, justamente porque no sería posible describir la moral, elucidada mediante tal o cual teoría ética, sin comprometerse con alguna visión particular en ella. Estas objeciones apuntan a la falta de objetividad en sentido fuerte para describir la ética. Con esto quiero decir que no es posible describir puramente, es decir con total ausencia de criterios subjetivos, qué es o qué supone la ética, ya que cualquier intento de hacerlo necesariamente se articula a partir de tal o cual moral. Por ello, estas críticas se pueden unir bajo la categoría de objeciones subjetivistas.

Las objeciones corroborativas pueden enfrentarse apelando a la noción de tradición interpretativa: la referencia a lo verdadero o lo falso de las proposiciones o afirmaciones ofrecidas como respuesta a las P2Ex, se realiza a la tradición interpretativa de esa ética, es decir, al conjunto de autores y textos que conforman la interpretación paradigmática de una ética determinada. Entender la ética kantiana como una ética deontológica tiene sentido porque tenemos acceso a la tradición interpretativa que ha construido ese paradigma de interpretación. Podemos estar en contra de ese paradigma, pero no podemos negar que existe. Esto no nos compromete con una determinada pertenencia disciplinar de ese paradigma, de hecho, ese paradigma de interpretación es público: en principio todos los seres racionales pueden contribuir a él. Así que, por ejemplo, hay interpretaciones de Kant desde la filosofía, del mismo modo como las hay desde la teoría de

³⁶¹ Este enfoque sobre el pluralismo, se encuentra en Orellana Benado, para quien “el corazón del desafío es encontrar un lenguaje que permita expresar y promover la actitud pluralista [...]” (ORELLANA BENADO, 2011: 264).

la educación, la sociología, el derecho o la antropología. Sin embargo, veremos que el punto de las objeciones corroborativas es otro.

Las objeciones subjetivistas son más complicadas, ya que no es claro a qué apuntan exactamente: si a la imposibilidad de construir un punto de vista objetivo sobre el que sojuzgar a la ética y a la moral, si a la subjetividad inherente a todo intento de explicar el la moral o la ética, o si al rechazo del escepticismo que conlleva un punto de vista objetivo sobre la moral o la ética.

Quien ha explotado esta supuesta vaguedad en la argumentación metaética, ha sido justamente Dworkin. Para él, el nuevo código epistemológico de la modernidad impactó la comprensión de los valores: “Este es el Gibraltar de todos los bloqueos mentales: que algo distinto del valor debe cubrirlo si queremos tomarnos el valor seriamente” (DWORKIN, 2011: 16). Dworkin rechaza la idea “de una inspección externa, metaética de la verdad moral” afirmando que “cualquier escepticismo moral sensato debe ser interno a la moral” (DWORKIN, 2011: 25). Las razones que aduce Dworkin para ello son que, de lo contrario, se violaría el principio de Hume de que:

[N]inguna porción de descubrimiento empírico sobre el estado del mundo —ninguna revelación sobre el curso de la historia o la naturaleza última de la materia o la verdad sobre la naturaleza humana— puede establecer ninguna conclusión acerca de lo que debe ser sin una premisa o suposición adicional sobre lo que debería ser. El principio de Hume, adecuadamente entendido, permite sostener, en vez del escepticismo sobre la verdad moral, la independencia de la moralidad como un departamento separado del conocimiento con sus propios estándares de indagación y justificación” (DWORKIN, 2011: 17).

La estrategia argumentativa de Dworkin, su objeción subjetivista, llega a la conclusión de rechazar la metaética mostrando la imposibilidad de formular preguntas de segundo orden; y esto lo hace, mostrando la independencia de las preguntas morales, es decir, su carácter *sui generis*, distinto a las relaciones de ideas y de objetos, pero, al mismo tiempo, rechaza la llamada tesis de la independencia sobre la metaética que Moore defendió. En otras palabras, Dworkin defendería que la moral es una provincia separada de la lógica y de las ciencias empíricas y, al mismo tiempo, ella inseparable como provincia del conocimiento, ya que cualquier intento de describir externamente a la moral, supuesto propósito de la metaética, se acercaría de la provincia de la lógica o al de las ciencias empíricas.

Creo que hay razones para rechazar la crítica de Dworkin. La principal, es que no hay un vínculo conceptual entre la independencia de las preguntas morales o éticas respecto de las preguntas lógicas o empíricas y la independencia de la metaética como actividad separada de la moral y la ética. Porque la argumentación de Dworkin explota la propia vaguedad de la metaética que él busca superar. Creo que el punto más claro de su argumentación es el rechazo del escepticismo

que conlleva un punto de vista objetivo sobre la moral o la ética. Pero no queda claro si la tesis de Dworkin niega la posibilidad de las preguntas de segundo orden basado en la imposibilidad de construir un punto de vista objetivo sobre el que sojuzgar a la ética y a la moral (porque entendería que toda objetividad es objetividad científica, que creo no es el caso de Dworkin, ya que él defendería una objetividad moral sui generis, basada en la interpretación); o bien, porque hay una subjetividad inherente a todo intento de explicar el la moral o la ética (que creo se acerca más a lo que Dworkin defiende).

La independencia de las preguntas éticas, como preguntas distintas de las formales y las empíricas, es una tesis que defiende también el pluralismo de Berlin. Se trata de la distinción entre preguntas empíricas, formales y filosóficas (véase BERLIN, 1983).

Al igual que en el caso de Dworkin, este rechazo del pluralismo no supone echar por tierra el denominado principio de Hume, sino más bien mostrar que éste no se aplica a las cuestiones morales. Asimismo, el pluralismo también rechaza las conclusiones escépticas sobre la moral. Lo que distingue al pluralismo de la postura de Dworkin es la forma en que elude el principio de Hume, porque el pluralismo no ve una conexión conceptual entre la tesis de la independencia de las preguntas morales y éticas y la tesis de la independencia de la metaética. Un examen más cuidadoso de la argumentación de Hume puede echar luz sobre este punto.

En un famoso pasaje de su Tratado de la naturaleza humana, sostiene Hume:

La razón consiste en el descubrimiento de la verdad o la falsedad. La verdad o la falsedad consisten a su vez en un acuerdo o desacuerdo con relaciones reales de ideas, o con la existencia y los hechos reales. Por consiguiente, todo lo que no sea susceptible de tal acuerdo o desacuerdo es incapaz de ser verdadero o falso, y en ningún caso puede ser objeto de nuestra razón. Ahora bien, es evidente que nuestras pasiones, voliciones y acciones son incapaces de tal acuerdo o desacuerdo, en cuanto son hechos o realidades originales completos en sí mismos, sin implicar referencia alguna a otras pasiones, voliciones y acciones. Es imposible, por consiguiente, que puedan ser considerados verdaderos o falsos, contrario o conformes a la razón. (HUME, 1992: 619-620).

La clave para Hume es la idea de relación, la comparación de ideas y la inferencia en cuestiones de hecho, la que permite hablar de verdad o falsedad de una proposición y, en definitiva, la que le otorga valor cognitivo. Esta idea está en el corazón del pensamiento de Berlin, que puede ser leído ahora, que disponemos de material nuevo de su obra, como un humeano con ciertas reservas, según las últimas investigaciones.³⁶² Esto, porque la tesis pluralista de Berlin se sustenta en la

³⁶² Ahora sabemos de una conferencia inédita sobre Hume que Berlin preparó en la década del 30, y que pensó publicar como un libro. Actualmente Henry Hardy está trabajando en el manuscrito para publicarlo durante 2017. Sobre la influencia de Hume en Berlin y las reservas de éste, que básicamente se reducen al

idea de que las preguntas éticas son una clase especial de preguntas, que superan la exigencia relacional que establece Hume.³⁶³

En otras palabras, para el pluralismo, las preguntas éticas son preguntas *sui generis*, distintas a las preguntas sobre relaciones de ideas y de objetos, entonces no se aplicaría la exigencia humeana de que, *qua* actividad humana cognitiva, ellas pertenezca o bien a la comparación de ideas o a la inferencia en cuestiones de hecho, ya que “si la virtud fuera descubierta por el entendimiento tendría que ser objeto de una de estas operaciones, pues no existe ninguna tercera operación del entendimiento que pudiera descubrirla” (HUME, 1998: 625-626).

Como señalé, la clave está en la forma en que el pluralismo elude a Hume: apelando a una noción de la objetividad moral que el mismo Hume considera para rechazarla. Señala Hume:

Sin embargo, para ser más precisos, y mostrar que esas adecuaciones e inadecuaciones eternas e inmutables de las cosas no pueden ser mantenidas en una filosofía correcta, podemos examinar las siguientes consideraciones [...] Si el pensamiento y el entendimiento fueran capaces de determinar por sí solos los límites de lo justo y lo injusto, el carácter de lo virtuoso y lo vicioso, esto último debería: o encontrarse en alguna relación de objetos, o ser una cuestión de hecho descubierta por nuestro razonamiento. (HUME, 1992: 625-626).

En otras palabras, Hume considera en su argumentación la posibilidad de que la verdad moral descansa en alguna clase de relación objetiva entre nuestro lenguaje moral y el mundo, vale decir, en alguna clase de realismo moral. Obviamente, Hume no ve dicha relación en ninguna parte y termina rechazando esta posibilidad: veamos por qué. Hume establece dos exigencias que a su juicio tendrían que superar cualquier teoría moral que busque sostener esta relación objetiva entre nuestro lenguaje moral y el mundo:

Primera: dado que el bien y el mal morales pertenecen tan solo a las acciones de la mente y se derivan de nuestra situación con los objetos externos, las relaciones de que surjan

rechazo de la noción de naturaleza humana que maneja Hume y a que su filosofía no se hace cargo del conflicto moral, véase CHERNISS, 2013: 10-12, 49; BERLIN, 2006: 327-328. Sin embargo, ay también, buenas razones para negar esto. La visión tradicional de Berlin, como un antihumano, sostiene que: “Si la caracterización de nuestra humanidad común en términos morales es la condición de la comprensión intersubjetiva, como afirma Berlin, es difícil evitar la conclusión de que un elemento de objetividad ha entrado en el mundo moral y, por tanto, que aplicar la distinción objetivo/subjetivo a ese mundo no es obviamente un error de categoría después de todo” (GALSTON, 2006: xx-xxi). En el mismo sentido, véase IGNATIEFF, 1999.

³⁶³ Sobre este punto señala Hume: “[S]i haces que la esencia misma de la moralidad se encuentre en las relaciones, como no existe ninguna de estas relaciones que no sea aplicable, no solo a un objeto irracional, sino también a un objeto inanimado, se sigue que aun objetos de tal clase tienen que ser susceptibles de mérito y demérito. *Semejanza, contrariedad, grados de cualidad y proporciones en cantidad y número*: todas estas relaciones pertenecen con tanta propiedad a la materia como a nuestras acciones, pasiones y voliciones. Por tanto, es incuestionable que la moralidad no se encuentra en ninguna de estas relaciones, ni tampoco el sentimiento moral en el descubrimiento de ellas” (HUME; 1988: 626-627)

estas distinciones morales deberán establecerse únicamente entre acciones internas y objetos externos, y no deberán ser aplicables, ni a acciones internas comparadas entre sí, ni a objetos externos situados en oposición a otros objetos externos. Como se supone, en efecto, que la moralidad acompaña a ciertas relaciones, si estas relaciones pertenecieran a acciones internas consideradas de modo aislado, se seguiría que podríamos ser reos de crímenes en nosotros mismos, con independencia de nuestra situación con el resto del universo. Y, de manera similar, si estas relaciones morales pudieran ser aplicadas a objetos externos, se seguiría que hasta a los seres inanimados se les podría imputar belleza o fealdad morales (HUME, 1992: 627-628).

La segunda exigencia es, a juicio de Hume la más difícil de satisfacer:

De acuerdo con los principios de quienes mantienen una diferencia racional y abstracta entre el bien y el mal morales, y una natural adecuación de las cosas, no solamente se supone que, siendo eternas e inmutables estas relaciones, son las mismas al ser consideradas por cualquier criatura racional, sino que también sus efectos son —según la suposición— necesariamente los mismos; y de aquí se concluye que esas relaciones no solo no tienen menor influencia, sino que su influencia es más bien mayor en dirigir la voluntad de la divinidad que en gobernar lo racional y virtuoso de nuestra propia especie. Estos dos extremos son evidentemente distintos. Una cosa es conocer la virtud, y otra, conformar la voluntad a ella. Por tanto, para probar que las medidas de lo justo y lo injusto son leyes eternas y obligatorias para toda mente racional, no es suficiente exponer las relaciones en que están basadas: tenemos que mostrar también la conexión entre la relación y la voluntad, y probar que esta conexión es de tal modo necesaria que debe manifestarse y ejercer su influencia en toda mente bien intencionada, a pesar de que en otros aspectos la diferencia entre estas mentes sea inmensa e infinita” (HUME, 1992: 628-629).

El pluralismo no sostiene ninguna teoría sobre la motivación moral, no al menos en el caso de Berlin. Así que la objeción de Hume respecto de los efectos de dicha relación objetiva entre nuestro lenguaje moral y el mundo no es relevante, no al menos en este nivel. Por ello, la primera exigencia de Hume, la imposibilidad de establecer relaciones entre acciones internas y objetos externos, es la más relevante. Si se muestra que dichas relaciones son posibles, entonces el argumento contra la objetividad moral no se aplica, pudiendo preservarse la independencia de las preguntas morales.

Por ello, parece ser una buena idea interpretar al pluralismo como una forma de realismo moral, ya que el realismo busca justamente elucidar esta clase de relación, y específicamente, una clase especial de realismo moral: el realismo ético disposicional. Este tipo de realismo moral permite superar la primera exigencia humeana, ya que disuelve la distinción entre lo subjetivo y lo objetivo cuando se trata de asuntos morales.

El problema es que el realismo ético disposicional, sigue siendo una forma de realismo, el que como vimos, es distinto del objetivismo que defiende Berlin. Veremos más adelante que el realismo impide dar cuenta adecuadamente de los desacuerdos morales genuinos.³⁶⁴

Recordemos que lo disputado respecto de la metaética es la imposibilidad de construir un punto de vista objetivo sobre la ética (y a la moral) y la subjetividad inherente a todo intento de explicación de ella. La primera, nos lleva a la cuestión de si para cualquier disciplina, incluyendo por cierto la ética, las preguntas de segundo orden no comportan comprometerse con un punto de vista de primer orden. El problema aquí, se puede establecer de la siguiente manera: si acaso “no hacemos matemáticas cuando nos preguntamos por la ontología de los números. Podemos apartarnos de las disputas teológicas y todavía indagar sobre los presupuestos básicos de una doctrina religiosa [...] ¿Por qué esto es imposible cuando se trata de la moralidad? ¿Qué tiene de especial la moralidad que la hace inmune a dudas o confirmaciones de segundo orden?” (SHAFER-LANDAU, 2010: 480-481). Este punto fue explorado antes. La segunda, nos lleva al problema del realismo moral.

La metaética tradicionalmente se la concibe como una disciplina que busca elucidar cuatro clases de preguntas: preguntas por el significado, esto es, si los juicios morales establecen proposiciones verdaderas o falsas; preguntas por las condiciones de verdad, es decir, bajo qué condiciones los juicios morales son verdaderos; preguntas por las creencias morales, es decir, si ellas son cuestiones de hecho independientes de la sensibilidad humana; y preguntas por la identidad de las propiedades morales, esto es, si ellas son naturales o de otra clase (SCHAFER-LANDAU, 2003: 57).

Así, el realismo moral tiene que ver preguntas por la naturaleza de las creencias morales

El realismo en ética, como señala Brink, caracteriza “las afirmaciones morales como afirmaciones que pretenden describir las propiedades morales de las personas, acciones e instituciones, propiedades que se obtienen independientemente de nuestra teorización” (BRINK, 1989: 6). Esta es la forma más robusta de realismo. Por ello, el realismo moral se compromete en general con tres tesis: “(1) Los enunciados morales tienen valor de verdad; (2) El valor de verdad es en gran medida independiente de las opiniones morales, creencias o teorías; (3) Los cánones ordinarios de razonamiento (morales, científicos o cotidianos) proveen de un método confiable para obtener o perfeccionar (aproximadamente) el conocimiento moral” (BOYD, 1988: 182).

³⁶⁴ Esta es una de las ideas centrales del pluralismo valorativo: “Berlin enfatizaría no sólo la pluralidad y heterogeneidad de valores, sino su potencial de conflicto” (CHERNISS; 2013: 47).

Si bien, como vimos, las tesis de Berlin exhiben un compromiso con la verdad sobre cuestiones morales, no se trata de la verdad en sentido de (1), sino más bien se basa en una tesis del objetivismo moral. Como vimos, sí acepta (2) y (3), por lo que su pluralismo no es, en este sentido, completamente compatible completamente con el realismo.

El razonamiento moral consiste “en un razonamiento práctico individual o colectivo sobre qué, moralmente hablando, se debe hacer” (RICHARDSON, 2013). Desde la filosofía clásica se conoce como uno de los campos en que la razón humana se despliega, constituyendo un dominio separado y distinto de la razón en sentido especulativo. De allí que la definición usual de razón práctica apele a “la capacidad humana general de resolver, a través de la reflexión, la pregunta sobre qué debemos hacer” (WALLACE, 2008).

Las cuestiones centrales respecto del razonamiento moral guardan relación con la identidad y los conflictos de los insumos morales, digamos las razones, las pasiones, las costumbres, los valores, entre otros; y la posibilidad de motivarnos a actuar de determinada manera.

Como vimos, para Berlin los valores, fines o bienes humanos pueden ser vistos como causas de la acción individual y colectiva, lo que permitiría su explicación y justificación, siendo implícito su poder para motivar dicha acción. Una típica defensa del realismo moral, vale decir, la tesis según la cual nuestros juicios valorativos pueden ser verdaderos o falsos, apela a nuestro lenguaje moral cotidiano, señalando que nos conducimos en el mundo moral como si existieran valores objetivos, esto es, valores independientes de nosotros. Como vimos, esta es la interpretación que Gray ofrece de Berlin, ya que éste plantea que existen valores objetivos, aunque éstos sean fruto de la interacción social humana. Por ello, Berlin no puede ser interpretado como un realista moral duro, a saber, quien concluye que la objetividad supone calificar de verdaderos o falsos nuestros juicios. De esta manera, creo, aunque no es el lugar para defenderlo, que la objetividad de los valores del pluralismo alcanza para sostener su normatividad, vale decir, para guiar las acciones, apelando a ellos como guías que expliquen y justifiquen las acciones.

Por otra parte, el pluralismo de Berlin rechaza la idea de que la deliberación moral sea una cuestión de preferencias personales. Como vimos, la elección de unos valores por sobre otros no está infra-determinada por la razón (en este sentido el pluralismo no es una versión mejorada del particularismo moral), aunque no exhibe el mecanismo por el cual dichos valores se aplican a casos concretos para guiar la acción.

A diferencia de lo que sostiene Gray, si Berlin fuera un realista, sería un realista no naturalista, es decir, cree en la objetividad de los valores (como hechos morales), pero no cree que los valores sean idénticos o reducibles a los hechos naturales.

Otra de las dificultades del pluralismo valorativo es de qué manera el pluralismo de Berlin explica el progreso moral. Por ejemplo, hoy se castigan y desincentivan formas de vida por ser ilegítimas y se buscan que desaparezcan, como la esclavista (extinta en buena parte del mundo) o la pedofilia (vigente). Este parece ser otra consecuencia del carácter inconclusivo del pluralismo: solo es capaz de mostrar y explicar la ocurrencia de los casos de conflictos de valores, pero no nos dice mucho de cómo solucionarlos. Este último punto es el que Dworkin explota con su tesis de reciclar los problemas de indeterminación en problemas de incertidumbre.

Vimos que Berlin no afirma que en casos de conflicto de valores la solución esté infradeterminada por la razón o que su solución quede entregada al capricho o preferencias personales del agente. Tampoco creo que se pueda sostener que Berlin se conforma simplemente con la indeterminación de los asuntos morales. Más bien, Berlin y otros pluralistas, como Williams, insisten en que la solución no se puede adoptar por un procedimiento definido estrictamente que siempre arroje una respuesta, una especie de cálculo basado en un algoritmo, como muchos partidarios de la ética normativista sostienen. Asimismo, y con mayor profundidad filosófica, sostiene que sea cual sea la solución adoptada, su corrección, vale decir, su carácter de ser adecuada o correcta en un caso determinado, no puede ser ni definitiva ni inmune a revisiones ulteriores.

Esta interpretación del razonamiento moral ofrecida por el pluralismo valorativo ha sido criticada desde el punto de vista de las éticas normativistas, ya que no nos ofrece un criterio claro de corrección moral (por ejemplo, un fin o meta, el deber o la felicidad del mayor número), sino más bien solo se contenta con describir la clase de casos que cuentan como morales, casos que involucran valores; mostrando la posibilidad e inevitabilidad del conflicto moral. En otras palabras, deja huérfano al agente moral.

Esta interpretación del pluralismo valorativo es consistente con el entendimiento que éste ofrece del papel del filósofo moral. A este respecto señala Berlin:

No es tarea del filósofo moral ordenarle a un hombre cuál de estas [opciones] hacer propia, pero sí le compete explicarle cuáles son las cuestiones y los valores que están en juego; examinar y juzgar los argumentos a favor o en contra de diversas conclusiones; esclarecer qué formas de vida se encuentran en conflicto, los fines de la vida y, quizás, los costos entre los que tiene que elegir. Al fin de cuentas, claro está, el hombre tiene que aceptar su responsabilidad personal, y hacer lo que considere correcto; su elección será racional, si advierte conforme a qué principios elige, y será libre si pudo haber elegido de otra manera. (MAGEE, 1993: 21-22).

Esta visión deflacionaria de la filosofía moral parece darle la razón a Dworkin, en el sentido de que Berlin sería un arquimediano y, como tal, embarcado en una empresa, la metaética, que está desde sus inicios mal concebida, ya que se pretende erigir como una especie de árbitro de nuestro lenguaje moral.

Pero vimos, que el pluralismo puede ser neutral respecto de la metaética. Por ello, nada impide que el pluralismo pueda llamarse a sí mismo una ética, ya que el pluralismo, así como otras posturas éticas afines como la de Bernard Williams o la de P.F. Strawson, son en realidad anti-teorías.³⁶⁵

Por ello, la principal objeción al planteamiento de Berlin sería que estarían defendiendo una variedad de intuicionismo moral, lo que no exploraré aquí.³⁶⁶

Por lo antedicho, si cupiera reinterpretar a Berlin desde alguna teoría metaética, esta sería el perspectivismo, es decir, la tesis según la cual “la cuestión del grado hasta el cual podemos esperar alcanzar una concepción del mundo independiente de nuestras peculiaridades y las peculiaridades de nuestro punto de vista, una finalidad que han tenido muchos filósofos y continúan teniendo casi todos los científicos” (WILLIAMS, 1993: 8).³⁶⁷

Esta teoría se opone a “la visión ‘absoluta’ o libre de perspectivas que ha constituido una ambición de la ciencia guarda cierta analogía con la visión externa de la acción y la experiencia que se requiere en muchos enfoques sobre este problema para una imparcialidad moral —lo que Sidgwick llamó, en una frase memorablemente absurda, ‘el punto de vista del universo’. Estos modelos, para la investigación científica y para la moralidad, aseveran igualmente estar expresando una idea de objetividad. La evaluación y comparación de estas aseveraciones sigue constituyendo una exigencia capital y apremiante para la filosofía” (WILLIAMS, 1993: 9).

³⁶⁵ Véase CLARKE, 1987; HOOKER, 2012; FOTION, 2014; y CHAPPEL, 2015.

³⁶⁶ Al respecto, señala Scanlon: “Una objeción natural a este muy abstracto enfoque del valor aduce que éste representa una forma objetable de intuicionismo, puesto que sostiene que los juicios acerca del valor implican apelaciones a diversas intuiciones acerca de lo que es «conveniente» o «apropiado»” (SCANLON, 2003: 133). La respuesta pendiente, que no analizaré aquí, es si esta crítica alcanza a Berlin.

³⁶⁷ En este sentido, se ha dicho “Las epistemologías pluralistas objetivas de los valores pueden ser caracterizadas como una especie de realismo pluralista [*plural realism*] en la teoría del valor. Ellas son comparables con, quizás incluso aplicaciones de, las especies de realismo pluralista (o, como ha sido llamada también, *perspectivismo*) en la epistemología general que Dreyfus descubrió en el pensamiento tardío de Heidegger” (GRAY, 1993: 298). Ya señalé antes que Gray confunde perspectivismo con una versión moderada de realismo.

Por todo ello, es mejor mantener que el pluralismo es compatible con diversos tipos de objetivismo: con el realismo disposicional (Lewis, McDowell, Wiggins) con el constructivismo (Rawls). Incluso quizás con el realismo no-naturalista, como el de Nagel.³⁶⁸

Pero cabría, además, una razón adicional para no reinterpretar al pluralismo como una tesis realista. El realismo moral no puede dar cuenta adecuadamente del conflicto moral, entendidos éstos como desacuerdos intachables. Esta cuestión permite mostrar por qué el pluralismo no colapsa en relativismo. Esto es relevante para la discusión sobre la doctrina del Margen de Apreciación, ya que ella requiere de una justificación que le permita superar la acusación de favorecer el relativismo moral.³⁶⁹

Si aceptamos el pluralismo como hecho, la existencia de diversidad valorativa en el mundo, ¿cuál es la mejor forma de reconstruir esta diversidad en términos morales? Para algunos, “el relativismo moral es una inferencia plausible de la explicación más plausible de la diversidad moral existente” (HARMAN, 1996: 63).

¿Qué es el relativismo moral? Se le puede definir así: “El relativista ético afirma que los juicios morales, las adjudicaciones sobre lo correcto e incorrecto, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, etc., están inmersos en antecedentes culturales, históricos o conceptuales específicos y que su

³⁶⁸ Por ejemplo, el concepto de objetividad de Berlin, al igual que la de Dworkin, podrían acercarse más a la propuesta que Nagel ofrece en su célebre *The view from nowhere*: “La objetividad es un método de entendimiento. Son las creencias y las actitudes las que son objetivas en un primer sentido. Solo derivativamente podemos llamar objetivas a las verdades a la que podemos llegar de esta forma. Para adquirir un entendimiento más objetivo de algún aspecto de la vida o del mundo, nos colocamos un paso atrás de nuestra visión inicial de ellas y formamos una nueva concepción que tiene esa visión y su relación con el mundo como objeto. En otras palabras, nos colocamos a nosotros mismos en el mundo que es entendido. La antigua visión es considerada ahora como una apariencia, más subjetiva que la nueva visión y corregible y confirmable por referencia a ella. El proceso se puede repetir, produciendo una concepción todavía más objetiva” (NAGEL, 1989: 4).

³⁶⁹ Cabe destacar, que esta forma de relativismo se la denomina relativismo por contraste, ya que se concibe en términos negativos como en oposición o rechazo a “una serie de posiciones filosóficas interconectadas”, a saber: “el absolutismo, la opinión de que al menos algunas verdades o valores en el dominio pertinente se aplican a todos los tiempos, lugares o marcos sociales y culturales. Son universales y no están vinculados por condiciones históricas o sociales”; “el objetivismo o la posición de que las normas y valores cognitivos, éticos y estéticos en general, pero la verdad en particular, son independientes de juicios y creencias en momentos y lugares particulares”; “el monismo o la opinión de que, en cualquier área o tema sujeto a desacuerdo, no puede haber más de una opinión, juicio o norma correcta. El relativista a menudo desea permitir una pluralidad de valores igualmente válidos o incluso verdades”; “el realismo, cuando está definido de tal manera que implica tanto la objetividad como la singularidad de la verdad” (BAGHRAMIAN and CARTER, 2015).

autoridad es restringida y relativa a su contexto. En otras palabras, el relativista moral niega que exista una sola verdadera moralidad” (BAGHRAMIAN, 2004: 207).³⁷⁰

Por ello, uno de los rasgos centrales del relativismo moral es que el valor moral yace en el contexto donde los juicios, las adjudicaciones o los conceptos morales se aplican. En este sentido, el contexto sería un sistema de coordenadas morales:

Por ‘un sistema de coordenadas morales’ quiero decir un conjunto de valores (estándares, principios, etc.), quizás en el modelo del derecho de un Estado u otro. Si algo es incorrecto en relación con un determinado sistema de coordenadas se determina por el sistema junto con los hechos del caso, de manera similar a si algo es ilegal en una jurisdicción determinada viene determinado por las leyes de la jurisdicción junto con los hechos del caso. (HARMAN, 1996: 13).

Por esta razón, el relativismo moral puede ser reconstruido en términos de lo que se denomina “indexicalidad oculta” (KÖLBEL, 2008: 25),³⁷¹ es decir, la tesis según la cual: “las oraciones en cuestión sólo exhiben una dependencia contextual hasta ahora inadvertida análoga a la indexicalidad: la misma frase expresa diferentes proposiciones estándar en diferentes contextos” (KÖLBEL, 2008: 6).

La sensibilidad al contexto ordinario o indexicalidad a secas, quiere decir lo siguiente: “Dos enunciados de ‘Ayer era domingo’ expresarán diferentes proposiciones si se hacen en días diferentes y como consecuencia pueden variar en valor de verdad” (KÖLBEL, 2008: 4). La indexicalidad oculta, entonces, nos fuerza a hacer explícito aquello que en la indexicalidad ordinaria estaba sugerido por un elemento indexical (*v.gr.* la expresión ‘ayer’, que introduce el factor tiempo).

Por ello, el relativismo moral afirmaría que la verdad y la justificación de nuestras creencias morales, que se expresan en enunciados, tendrían “una relación implícita, tal vez incluso desapercibida, con un parámetro o dominio” (BAGHRAMIAN and CARTER, 2015). Entonces, si la verdad depende del contexto y el contexto queda implícito al momento de que expresamos proposiciones sobre la moral, frente a creencias morales expresadas por proposiciones

³⁷⁰ Para el relativismo moral: “Una respuesta relativista es plausible en el caso moral. El bien y el mal morales son una cuestión relativa. Un acto dado puede ser correcto con respecto a un sistema de coordenadas morales e incorrecto con respecto a otro sistema de coordenadas morales. Y nada es absolutamente bueno o malo de manera independiente de cualquier sistema de coordenadas morales” (HARMAN, 1996: 13).

³⁷¹ La idea de indexicalidad o sensibilidad al contexto, fue establecida primeramente por Frege y puede ser definida de la siguiente manera: “El significado de una oración no relaciona directamente la oración con una proposición. Más bien, el significado de la oración proporciona una regla o función que toma una de *un contexto de uso* para una proposición” (KÖLBEL, 2008: 3).

contradictorias, el relativismo buscaría explicitar este contexto, para mostrar que la verdad es dependiente de algo que está implícito en el contexto.

Por ejemplo, si alguien afirma que (1) El aborto es bueno moralmente, y otra persona que (2) El aborto no es bueno moralmente; desde un punto de vista semántico, (1) y (2) no pueden ser ambas verdaderas, así que o uno de los dos está equivocado o (1) y (2) se refieren a cosas distintas.³⁷² En cualquier caso no hay desacuerdo, ya que en un caso habría error y en el otro no habría desacuerdo legítimo, ya que habrían criterios morales diversos y no compartido en cada caso,³⁷³ como sería el caso si para (1) solo fueran personas los seres humanos nacidos vivos y, en cambio, para (2) que son personas todos los seres humanos desde su concepción.³⁷⁴

Así, la idea de indexicalidad oculta permite atacar, a su vez, la idea de un desacuerdo moral genuino, que es donde el relativismo moral puede mostrar su mayor fuerza. Veamos un ejemplo:

Consideremos dos enunciados, uno hecho en un contexto moral indio por Arvind, uno hecho en un contexto moral europeo occidental por Barbara

(7a) Arvind en C1: Uno no debe casarse fuera de su propia casta.

(7b) Bárbara en C2: No es el caso que uno no debe casarse fuera de su propia casta.

Ahora bien, decir que ambas expresiones pueden ser correctas es muy controvertido, mucho más polémico que en el caso del gusto. Sin embargo, algunos filósofos y algunos antropólogos han sido impulsados por una variedad de consideraciones diferentes a la

³⁷² De manera más precisa, el razonamiento es como sigue: “dado que los contextos son similares en todos los aspectos relevantes, y dado que una de las oraciones proferidas es la negación de la otra, las dos preferencias deben expresar proposiciones contradictorias. Así, cualquier mundo en el que la proposición expresada por el primer enunciado sea verdadera, es un mundo en el cual la proposición expresada por el segundo no es verdadera, y viceversa. Por lo tanto, si una preferencia es una afirmación de una proposición verdadera, la otra es una afirmación de una proposición falsa. Así se puede inferir (iii) de (i) y (ii):

(i) *u* es una preferencia de *s* en C1, *v* es una preferencia de *no-s* en C2.

(ii) *s* expresa la misma proposición en C1 y C2.

(iii) *u* y *v* no están ambas libres de fallos [tachas].

Por contraposición, si dos preferencias de frases contradictorias *s* y *no-s* son a la vez libres de fallos [tachas], entonces los contextos C1 y C2 en los que se hizo la emisión deben ser relevantes, es decir, diferentes de tal manera que *s* exprese diferentes proposiciones en C1 y C2” (KÖLBEL, 2008: 12). A este se le denomina principio contrapositivo.

³⁷³ Aquí “no hay un desacuerdo porque no se apela a un criterio compartido” (LUQUE, 2013: 442).

³⁷⁴ Como señala Harman en el ejemplo de las dos sociedades esclavista, donde en la primera hay un movimiento abolicionista en ciernes y en la segunda no: “Ahora es más fácil para nosotros hacer lo que he llamado juicios morales internos sobre los propietarios de esclavos en la primera sociedad que en la segunda. Pues podemos referirnos a los miembros de la primera sociedad que invocan principios que comparten con nosotros y, con referencia a esos principios, podemos decir de ellos que no deberían haber mantenido esclavos y que eran inmoral haberlo hecho. Sin embargo, este tipo de juicio interior se vuelve cada vez más inapropiado, cuanto más distantes están de nosotros y menos fácil es para nosotros pensar en nuestra comprensión moral como algo continuo y tal vez como un desarrollo posterior a los suyos. Además, parece apropiado hacer sólo juicios no internos de los propietarios de esclavos en la segunda sociedad. Podemos decir que la segunda sociedad es inequitativa e injusta, que la esclavitud que existe es errónea, que no debería existir. Pero sería inapropiado, en este caso, decir que era moralmente incorrecto que los propietarios de esclavos poseyeran esclavos. Los aspectos relevantes de nuestra comprensión moral, que invocaríamos en juicios morales sobre ellos, no son aspectos del entendimiento moral que existe en la segunda sociedad” (HARMAN, 1975: 18).

conclusión de que los juicios morales dependen de su corrección en algún parámetro implícito, como un código moral. Normalmente las posiciones de este tipo se llaman 'relativismo moral'. Sin embargo, la posición más conocida que se encuentra bajo ese nombre, es decir, el relativismo moral de Harman, es en realidad una tesis de la indexicalidad oculta. De nuevo, (7a) y (7b) no expresan proposiciones contradictorias y esto explica el dato de partida (controvertido) que ni (7a) ni (7b) estaban equivocados (KÖLBEL, 2008: 25-26).

Pero, al mismo tiempo, ella permitiría llegar a la conclusión de que, incluso sin un criterio compartido que se haga explícito al recurrir al contexto, podría aún así haber un desacuerdo genuino. De esta manera, un desacuerdo genuino sería un desacuerdo intachable:

Un desacuerdo intachable es una situación donde hay un pensador *A*, un pensador *B*, y una proposición (contenido del juicio) *p*, tales que:
(a) *A* cree (juzga) que *p* y *B* cree (juzga) que *no-p*
(b) Ni *A* ni *B* han cometido un error (o están en falta o tacha)
Creo que la mayoría de la gente tiene una intuición pre-teórica sana que puede haber y son desacuerdos perfectos en este sentido. (KÖLBEL, 2003: 53-54).

Sin embargo, ni para el realismo ni para el relativismo esta clase de desacuerdos sería aceptable. Para el primero, porque: "Todos los desacuerdos, según el realismo, involucran algún tipo de error por parte de alguno de los agentes" (LUQUE, 2013: 442). Para el segundo, porque para el relativismo indexical: "disputas candidatas son realmente intachables, pero son sólo aparentemente desacuerdos", ya que no son equivalente entre sí por esconder una auto-referencia a las propias preferencias, "por ejemplo, si *A* expresa '*x* es sabroso' y *B* expresa '*x* no es sabroso', los juicios que transmiten son, o son equivalentes a, los expresados por '*x* es sabroso para mí' y '*x* no es sabroso para mí', Así que *A* y *B* realmente no se contradicen entre sí" (IACONA, 2008: 288).

En este sentido, la respuesta del realismo es no es atractiva, ya que "no tiene en cuenta el hecho de que estamos inclinados a considerar ciertas disputas como intachables, por lo que es incapaz de explicar la diferencia entre tales disputas y las que no estamos inclinados a considerar como sin falta u errores" (IACONA, 2008: 289).³⁷⁵ Por su parte, la respuesta del relativismo indexical, tampoco lo es porque "no tiene en cuenta el hecho de que estamos inclinados a considerar al menos algunas disputas candidatas como desacuerdos, por lo que es incapaz de explicar la diferencia entre tales disputas y los casos en que dos partes expresan simples preferencias mediante oraciones claramente indexicales" (IACONA, 2008: 289).

A fin de dar cuenta de esta posibilidad de desacuerdos legítimos, el contextualismo, como variedad moderada de relativismo, ha tratado de construir una teoría que pueda dar cuenta sobre

³⁷⁵ Para una defensa de los desacuerdos desde el punto de vista del contextualismo indexical, como una forma de relativismo moderado, véase LÓPEZ DE SA, 2008.

“qué tipo de consideración serían relevante para colocar una característica de un contexto como un parámetro en la ‘circunstancia de la evaluación’” (LÓPEZ DE SA, 2012: 147). Pero la acusación de que no respeta los hechos sobre el desacuerdo, sigue en pie. En este sentido, el contextualismo relativista ha tratado de mostrar la flexibilidad de la noción misma de desacuerdo: “la noción de desacuerdo —de desacuerdo ‘genuino’, ‘real’, ‘sustantivo’, ‘robusto’— es flexible, y en particular, cubre casos constituidos por actitudes contrastantes —como, por ejemplo, nuestros contrastantes sentidos de humor, que no necesariamente implican contenido contradictorio—. Como tal, el contextualismo es claramente compatible con los hechos sobre la existencia de desacuerdo” (LÓPEZ DE SA, 2015: 154).

Dejando hasta aquí la discusión del realismo moderado, retomamos la idea del conflicto moral, entendida ahora como desacuerdos genuinos, que es una de las tesis principales del pluralismo y que la distingue del monismo dworkiniano, y ahora, también, del relativismo en su versión más sofisticada.

Vimos que Berlin no afirma que en casos de conflicto de valores la solución esté infradeterminada por la razón, que sean solo una mera expresión de caprichos o preferencias personales, que sea un caso de indeterminación o que exista un procedimiento estricto que siempre arroje una respuesta a modo de un cálculo algorítmico.

Para Berlin, el desacuerdo surge del contexto, pero no se agota en él. Su tesis de la objetividad la deriva del hecho de que los seres humanos posean valores, eso nos conecta con otros seres humanos del pasado, del presente y del futuro; por lo que son un presupuesto de la comunicación humana. Pero, al mismo tiempo, solo porque tenemos este conjunto mínimo de valores compartido, es que podemos comprender qué nos hace distintos a los otros, qué es lo peculiar a ellos y a nosotros.

Esto puede ser muy útil para el sistema del Convenio, ya que, por ejemplo, puede explicar la clase de desacuerdos que tenemos sobre los derechos, es decir, proposiciones contradictorias sobre el derecho que existe:³⁷⁶

- (1) *s* es C1 tiene el derecho D de llevar hiyab para impartir sus clases.
- (2) *v* en C2 no tiene el derecho D de llevar hiyab para impartir sus clases.

³⁷⁶ Para un análisis riguroso que desarrolla este mismo punto de vista, véase MORESO, 2012b.

Los casos (1) y (2) son contradictorios, uno expresa D y el otro no-D.³⁷⁷ Para determinar las razones de por qué esto es así, se debe atender a los contextos C1 y C2: los sistemas jurídicos y sociales de cada Estado miembro. Este es un desacuerdo genuino sobre los derechos, porque a pesar de que en (1) *s* tenga D y en (2) *v* no tenga D, no hay error ni tampoco es cierto que ambos derechos sean en realidad sobre cosas distintas. Es decir, es un caso de no-respuesta correcta y de no-relativismo.

De allí que, la combinación de la idea de los desacuerdos intachables con el pluralismo valorativo, permita escapar tanto de las objeciones del monismo de dworkin, quien a pesar de no ser un realista afirma la tesis de la respuesta correcta, que niega el desacuerdo sobre los derechos, para quien (1) ó (2) debe ser incorrecta; y de las objeciones contextualista-relativista, que no reconoce en (1) ó (2) un desacuerdo genuino.

Podemos tener esta clase de desacuerdos sobre los derechos, porque tenemos la idea de derechos absolutos y un acuerdo más o menos estable sobre ellos, es decir, que no cabe esta clase de disputas sobre ellos, no al menos aquella que en la forma ‘*s* en C1 tiene D y *v* en C2 no tiene D’. Es decir, para decirlo con el pluralismo, tenemos un conjunto de valores más o menos permanentes, expresados en la idea de los derechos absolutos (no en su contenido), que nos permite reconocer aquella parte de nuestra común humanidad que nos hace iguales a los otros y, al mismo tiempo, reconocer aquella parte de nuestra común humanidad que nos hace diferentes y peculiares, esencialmente diversos.³⁷⁸

Esto justifica la insistencia del Tribunal en la interpretación que ha hecho de los derechos absolutos que consagra el Convenio, una que se basa en la idea de prohibiciones absolutas y de cumplimiento sin excepciones, limitaciones o cualificaciones de ningún tipo.

Al mismo tiempo, justifica la insitencia del Tribunal en atender al contexto particular de cada Estado miembro bajo ciertas condiciones (ausencia de consenso y valores comunes), para el de los derechos no-absolutos que contienen una cláusula de limitación, como es el caso de los artículos 8-11 del Convenio.

Por lo mismo, en dichos casos, la búsqueda de la solución de un conflicto, de un desacuerdo, es decir, la gestión particular de los problemas que enfrentamos cuando tenemos que decidir con

³⁷⁷ No me refiero con D al alcance del derecho, sino que, a la extensión de su protección, aunque esto no es relevante aquí.

³⁷⁸ El concepto de “prójimos lejanos” encapsula muy este punto (véase ORELLANA BENADO, 2011).

valores que dependen del contexto en un caso determinado, no puede ser ni definitiva ni inmune a revisiones ulteriores.

Lo anterior es lo que exactamente ocurre con la interpretación que hace el Tribunal de los derechos no-absolutos que contienen cláusulas de limitación y la determinación, en la operación de limitación, si procede o no el Margen de Apreciación. Desde este punto de vista, la DMA se justificaría en el pluralismo, no en el relativismo moral, y posibilitaría un espacio de disenso y un reconocimiento a las diversas formas de vidas que tiene expresión en una Europa diversa.

Frente al desacuerdo genuino que ocurre en un mundo diverso, no caben, por lo tanto, respuesta simples, únicas o definitivas.³⁷⁹ La clarificación de esta cuestión, es la mayor contribución que puede hacer el pluralismo para la justificación del Margen de Apreciación, pero, como veremos en lo sucesivo, no la única.

³⁷⁹ La idea de “negociación moral” quizás sea una buena manera de construir una ética para estos fines (véase ORELLANA BENADO, 2010).

4. Flexibilidad y *ethos*.

¿Qué puede proporcionar el pluralismo al debate sobre el concepto y justificación del Margen de Apreciación? Lo primero a tener en cuenta, es que “el edificio ‘constitucional’ del Tribunal es pluralista valorativo en vez que monista valorativo” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 111). Esta opinión está refrendada, como vimos, en la jurisprudencia del Tribunal, desde el caso *Handyside v. United Kingdom* hasta el caso *S.A.S. v. France*, donde el Tribunal ha reafirmado los valores del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, como valores constitutivos del sistema del Convenio. Una serie de comentaristas se apoyan también en distintos aspectos del pluralismo.³⁸⁰

Se ha dicho que, si bien el pluralismo valorativo es constitutivo del sistema del Convenio, él podría “poner obstáculos derivados de las manifestaciones de distintos valores culturales”, afectando el intento de “establecer estándares europeos autónomos y armonizados” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 111).

Hay tres cuestiones que para el pluralismo valorativo serían destacables de entrada sobre el Margen de Apreciación. La primera, en estos casos el Tribunal asume que, como vimos, pueden haber desacuerdos sobre los derechos consagrados en el Convenio, es decir, pueden surgir conflictos cuando los Estados ejercitan sus funciones. Esta posibilidad, sustenta el único elemento común a todas las cláusulas de limitación de los artículos 8-11 (ver Tabla 1). La segunda, que el papel de los Estados consistiría en gestionar dichos conflictos, es decir, realizar un acomodo revisable por el Tribunal, de los derechos sobre los que hay desacuerdos. La tercera, que los Estados gozan de un Margen de Apreciación en la gestión de estos conflictos, que protege justamente ese desacuerdo legítimo.

El Tribunal entendería, entonces, su control sobre el Margen de Apreciación estatal como un control sobre la decisión de un acomodo, de una gestión, particular de derechos. En otras palabras, sobre la manera en que los Estados han gestionado un desacuerdo sobre los derechos. Reconocer este aspecto del Margen de Apreciación, provee razones que justifican la necesidad de introducir flexibilidad en la interpretación de algunos derechos que establece el Convenio. ¿Pero cuáles derechos?

³⁸⁰ Véase BUCHANAN and GOLOVE, 2002; BESSON and TASIOULAS, 2010. Una notable excepción, por razones ya dichas, es Letsas, que defiende una variedad de interpretativismo y, por lo tanto, partidario, como veremos, de la idea de unidad del valor. Dada la importancia de la interpretación de este sobre la DMA, analizaré su argumento en una sección a parte.

Vimos que es mejor circunscribir la DMA, como herramienta interpretativa, a los derechos de libertad personal, contemplados en el artículo 8-11 del Convenio. Ellos fueron conferidos presuponiendo su implementación flexible, ya que poseen una extensión de protección indeterminada, pero determinable bajo la obligación de los Estados de respetar dos valores estructurales del Convenio: la democracia y el pluralismo.³⁸¹ Cabe destacar, como vimos en la Parte I, que la técnica legislativa elegida por el sistema del Convenio, supone distinguir este caso, el de las limitaciones, del de las excepciones.

Esta flexibilidad se da, entonces, porque los intereses que dichos derechos de libertad personal protegen, no tienen sentido en abstracto, sino que, solo en el trasfondo real de un Estado determinado, es decir, en un sistema político y jurídico concreto. Esta es la razón de por qué cabe adscribirle una cláusula de limitación: a fin de tomar en cuenta ese trasfondo real, ese contexto, a la hora de determinar su ámbito de protección.

En otras palabras, el sistema del Convenio presupone y se apoya en el sistema jurídico democrático de cada Estado para implementar dichos derechos, aceptando que dicho sistema constituye un contexto particular (con múltiples elementos económicos, políticos, sociales, culturales, etc.), frente a lo cual debe reconocer que existen formas diversas, e incluso conflictivas, de implementación de esos derechos.

Al mismo tiempo, esto no releva al Tribunal de cumplir su misión principal, a saber, supervisar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Convenio, por lo que debe aceptar la existencia de la discrecionalidad democrática, es decir, que las implementaciones que realizan los Estados de esos derechos, aún satisfaciendo formalmente los principios de un sistema jurídico democrático, pueden ser contrarias a los valores de la democracia y el pluralismo, valores estructurales que el Convenio posee y que conforman su *ethos*.

Mirar el problema de justificación del Margen de Apreciación a través del prisma del pluralismo valorativo, supone, entonces, concebir las razones para concentrarse en la finalidad práctica del Margen de Apreciación, la que se aprecia de forma más nítida en la aplicación de las cláusulas de limitación de derechos.

Solo elucidando esta cuestión, se podrá apreciar la importancia del Margen de Apreciación para el sistema del Convenio, a saber, que el Tribunal ha desarrollado “poco a poco, pero de manera concienzuda, un proceso de creación de derecho que se predica sobre evaluaciones (un balance

³⁸¹ Para evitar confusiones, aquí usaré ‘pluralismo’ para referirme al principio y ‘pluralismo valorativo’ para referirme a la teoría ética.

de razones) de factores valorativos apropiados”. Pero dicha importancia no pase por “afinar la confrontación de dos fuerzas inmanentes opuestas y dinámicas [...] la tendencia a la armonización o la integración y la fuerza centrífuga que empuja hacia distintos valores locales o regionales” (ARAI-TAKAHASHI, 2011: 113); sino, más bien, porque ayuda a resignificar el papel del Tribunal en el seno de un sistema jurídico: la constitución de un sistema europeo de protección de derechos humanos que reconozca y respete la diversidad valorativa de los Estados miembros, mediante herramientas jurídicas efectivas que permitan una adecuada cualificación local de algunos derechos y libertades del Convenio, sin que, por ello, se sacrifique la universalidad de los derechos humanos, ya que “ella no es lo mismo que uniformidad” (SWEENEY, 2005: 469).

Por ello, como vimos, para el pluralismo valorativo, el Margen de Apreciación no sería sinónimo automático de relativismo. En este sentido, el Margen de Apreciación puede ser visto como “una valiosa herramienta para reconocer y acomodar variaciones locales limitadas dentro de un, no obstante, modelo universal de derechos humanos” (SWEENEY, 2005: 474).

En otras palabras, la esencia del Margen de Apreciación no es mediar entre la tendencia armonizadora e integradora y la fuerza centrífuga hacia los valores locales, porque esto daría por supuesto que el papel del Tribunal es la armonización y que serían los Estados miembros quienes, alegando sus contextos particulares, empujarían hacia una interpretación del Convenio acorde a sus intereses. Más allá de la *petitio principii* que esto implica, hay una cuestión conceptual crucial respecto a la idea de armonización y que la distingue del tratamiento que a este asunto da el pluralismo valorativo.

Reconocer y respetar las legítimas diferencias, que es lo que busca el pluralismo valorativo, es distinto de tratar de resolverlas, que es lo que busca la armonización. Así, por ejemplo, una cosa es darse cuenta de que dos personas visten de manera distinta o preparan de manera distinta el mismo platillo; y otra cosa muy distinta es tratar de que ambas personas se vistan de manera parecida o que combinen sus formas de preparar el mismo platillo.

Una de las convicciones centrales que el pluralismo valorativo defiende es el respeto a la diversidad intrínseca de los seres humanos, que se expresa en un conjunto de valores múltiples, inconmensurables e irreductibles que ellos poseen; por lo que dicho respeto y reconocimiento no debe confundirse ni con uniformar ni con avenir las diferencias.

La combinación de valores diversos en un esquema practicable (sea social, cultural o jurídico), no es nunca una cuestión normativa, algo que se deba hacer o un fin que se deba alcanzar, sino que, más bien, es una cuestión de hecho: es la consecuencia de reconocer y respetar la diversidad. La coherencia, que permite evaluar la realización de una combinación determinada de valores, es,

al igual que el pluralismo, un valor más, y no uno que tenga mayor importancia o que preceda a los demás.

Así, en la búsqueda un espacio político europeo habitable, el sistema del Convenio presupone también que los Estados buscan para sí lo mismo, a saber, instanciar un esquema componible o practicable de derechos y libertades, dentro de un diseño constitucional funcional. Sobre esto se ha dicho:

Las libertades básicas pueden compatibilizarse unas con otras, al menos dentro de un rango central de aplicación. Dicho de otra manera, bajo condiciones favorables razonables, existe un esquema practicable de libertades que pueden ser instituido, en el cual el rango central de cada libertad es protegido. Pero que tal esquema exista, no puede derivarse solamente de la concepción de la persona como poseedora de dos poderes morales [libertad e igualdad], ni solamente del hecho de que ciertas libertades, y otros bienes primarios como medios universales [*all-purpose means*], son necesarios para el desarrollo de dichos poderes. Ambos elementos deben calzar en un arreglo constitucional funcional. La experiencia histórica de las instituciones democráticas y la reflexión sobre los principios de diseño constitucional, sugieren que un esquema practicable de libertades puede de hecho ser encontrado. (RAWLS, 1993: 297-298).

Estas tres cuestiones que el pluralismo valorativo releva de entrada sobre el Margen de Apreciación, son importantes porque nos ayudan a prevenir una objeción obvia, que se conecta con la lectura superficial del Convenio. Dicha objeción sería: que, incluso si el pluralismo valorativo es la teoría adecuada para dar respuesta a la necesidad del sistema del Convenio de atender al contexto para implementar ciertos derechos y a la necesidad subsecuente de tener un mecanismo para acotar dicho recurso al contexto; podría simplemente tratarse de una respuesta a lo defectivo, un remedio frente a lo pernicioso, dado que las diferencias que los ciudadanos tienen sobre los derechos, incluyendo sus limitaciones, tiene lugar en el contexto de la discusión político-democrática.³⁸²

³⁸² Así, a pesar de reconocer la diversidad valorativa inherente, nada impediría conceptualmente interpretar unitariamente los desacuerdos sobre esos valores o derechos de forma monista, lo que podría hacerse calificando dichos desacuerdos no como desacuerdos substantivos, sino que más bien como un conflicto de jurisdicciones. Esta es una estrategia de inspiración dworkiniana. En este sentido, se ha dicho que: “Hay dos maneras opuestas de concebir la relación entre la ley y los derechos fundamentales de una manera en que haga que los conflictos jurisdiccionales sean manejables. Ambos caminos son monistas, aunque de una manera completamente diferente: uno postula la superioridad de los derechos fundamentales como principios morales sobre el derecho (lo que llamo crudamente *moralismo*). La otra afirma que los derechos fundamentales deben ser tratados como cualquier otra regla, sólo encapsulando intereses muy importantes por estipulación (lo que llamo crudamente *positivismo*). El *moralismo*, tal como lo entiendo aquí, se basa en el monismo del valor, que sostiene que cualquier sistema de valores —incluidos los derechos fundamentales— puede presentarse como una reducción al único valor global que hace el todo moralmente coherente. El *positivismo*, tal como lo entiendo aquí, se basa en cambio en una comprensión formal del derecho como un sistema de reglas que se producen, aplican e interpretan de acuerdo con una regla maestra única que otorga unidad al marco general, la que podríamos llamar monismo jurídico. Bajo estas dos visiones monistas, los conflictos jurisdiccionales son meramente aparentes: el monismo valorativo sugiere

Solo alcancé a sugerir en la Parte I que, bajo ciertas concepciones democráticas, el pluralismo como hecho (o diversidad) sería un defecto que obstaculizaría la deliberación democrática, por lo que un sistema político basado en ella debería tender a moderarlo. Esta cuestión ha sido bastante discutida a nivel filosófico. Lo que está en juego es si el pluralismo y los desacuerdos básicos, los que incluyen a los derechos, conforman o no la deliberación democrática: si son un mal que justamente el proceso democrático debe erradicar; o bien, solo unas circunstancias con la que las sociedades modernas deben aprender a lidiar, morigerándolas, pero, en ningún caso, erradicándolas. En este sentido, Waldron ha levantado críticas contra los defensores de la democracia deliberativa, señalando que:

Aceptar el consenso como lógica interna de la deliberación no es lo mismo que estipularlo como el resultado político correcto. Es aquí donde a menudo se equivocan los teóricos deliberativos. Suponen que el disenso o los desacuerdos son signos de la incompletitud o del carácter políticamente insatisfactorio de la deliberación. (WALDRON, 2005a: 111).

Waldron defiende al desacuerdo como una de las circunstancias de la política, por lo que “no deberíamos dejar fuera el hecho de que convivimos y actuamos junto con otras personas que no comparten nuestra visión de la justicia, los derechos o la moralidad” (WALDRON, 2005a: 127).

Esta crítica ha tratado de ser superada por los partidarios de la democracia deliberativa, aceptando el pluralismo y el desacuerdo como un hecho (en el sentido rawlsiano, como hecho normativo), pero buscando preservar la idea de consenso, como inherente al proceso deliberativo que la democracia supondría.³⁸³

Sea como fuere, para esta visión, sea como circunstancias de la política o como presupuesto de un modelo ideal de deliberación que busca el consenso, para estas teorías el pluralismo es un

que las instituciones deben interpretar los derechos de forma coherente y armoniosa, lo que evitaría la posibilidad de discrepancias. En este sentido, el monismo de valores subordina la resolución de conflictos jurisdiccionales a la demolición de los conflictos entre los derechos” (ZUCCA, 2012: 332). En esta sección veremos que esta estrategia es inadecuada porque desprecia el valor de la democracia.

³⁸³ Este sería un recurso dworkiniano-habermasiano: “El propio modelo deliberativo presupone la existencia del pluralismo y de desacuerdos básicos. Pero esto nada nos dice acerca de si en condiciones ideales seguirán existiendo desacuerdos básicos. Los desacuerdos reales, que efectivamente son valiosos y condición de posibilidad de la deliberación, podrían no ser más que epistémicos. Y si las condiciones ideales son condiciones epistémicas ideales, entonces cabe presuponer que dichos desacuerdos se disolverán en cuanto hayamos podido alcanzar tales condiciones. Parece difícil que en dicha situación el resultado pueda ser otro distinto al consenso. Sólo tendría sentido pensar algo así si partimos de una concepción pluralista radical [...] Ésta es una concepción radical que ni el propio Waldron, como teórico del desacuerdo, admitiría. Pero lo más importante es que es incompatible con la defensa de la deliberación. La práctica misma de la argumentación presupone la existencia de una respuesta correcta intersubjetivamente compartida sobre aquello que estamos argumentando. En otras palabras, si los participantes en la deliberación parten de esquemas valorativos plurales e inconmensurables, entonces no hay nada sobre lo que ponerse de acuerdo, ni tampoco sobre lo que intentar convencer racionalmente al otro. La deliberación carece de sentido” (MARTÍ, 2006: 28-29).

hecho. Esto muestra por qué está justificada la flexibilidad de ciertos derechos respecto de su implementación, ya que existe un marcado desacuerdo o visiones conflictiva sobre cómo implementarlos en las sociedades modernas.

Por esta razón, el pluralismo valorativo sería una teoría que permitiría justificar esta necesidad de flexibilidad, ya que ella tiene claramente un compromiso con la diversidad valorativa y con la aceptación del desacuerdo y del conflicto. Al mismo tiempo, como vimos, busca evitar los peligros del relativismo moral y, por otra, los de la rigidez del universalismo.

Por esta razón, se ha enfatizado que no cabe aquí (acotaría que, justamente, debido a la existencia en el Convenio de derechos no-absolutos sobre los que cabe aplicar el Margen de Apreciación), una concepción simple de los derechos que buscaría garantizar el sistema del Convenio, como la que defiende Dworkin: su idea de los derechos como triunfos.³⁸⁴ A este respecto, se ha dicho que:

[Si se acepta que] la gente discrepa acerca de los derechos básicos (y realmente lo hace) a la vez que, en cualquier caso, necesita un marco común (y lo necesita), una teoría adecuada de la autoridad no puede en este ámbito, ni incluir, ni estar cualificada por una concepción simple de los derechos como ‘cartas de triunfo’ sobre las formas mayoritarias de toma de decisiones. (WALDRON, 2005a: 253).

Esta es la manera en que se conectan conceptualmente, la democracia, el pluralismo valorativo y los desacuerdos sobre los derechos con la necesidad de justificar la flexibilidad que ciertos derechos del Convenio poseen. Pero la práctica del Tribunal sobre el Margen de Apreciación, incluye la idea de pluralismo en otro sentido: como un principio en sí mismo, junto con la democracia, siendo ambos, parte del *ethos* del Convenio.

Por ello, es menester también que el pluralismo valorativo como teoría, sea capaz de justificar por qué el pluralismo, en el sentido de diversidad, es en sí mismo un valor que se debe tener en cuenta.

Hasta aquí, ha sido más o menos obvio el recurso al sistema democrático de cada Estado miembro como justificación del Margen de Apreciación. En realidad, como vimos, el sistema europeo de protección de los derechos humanos del Convenio descansa en la legitimidad democrática. Sobre esto se ha dicho:

El Tribunal no tiene jurisdicción exclusiva para interpretar el Convenio. Su jurisdicción está basada en el principio de la subsidiariedad jurisdiccional. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto también tiene que ver con la naturaleza de los derechos humanos y sus estrechos vínculos con una comunidad política y el ordenamiento jurídico interno. El Tribunal no puede interpretar los derechos del Convenio de manera exclusiva y sin referencia a la interpretación doméstica. (BESSON, 2011: 152).

³⁸⁴ Véase el debate Waldron-Pildes (WALDRON, 2000 y PILDES, 1998).

Por ello, para captar adecuadamente este punto, hay que mirar este asunto, no ya desde el punto de vista de los Estados obligados por el Convenio, sino de quienes están investidos con los derechos, los ciudadanos europeos.

La interpretación funcional de las cláusulas de limitación, ofrecida en la Parte I, que caracteriza el tipo de derechos sobre los que se aplican las cláusulas de limitación como derechos sobre cosas abstractas, esto es, que tienen el ámbito de protección indeterminado; delega la determinación de ese ámbito de protección al pueblo de cada Estado miembro. En otras palabras, como señalé en la Parte I, la aplicación de las cláusulas de limitación de derechos, que emplea el sistema de Convenio, presupone lo que denominé como discrecionalidad democrática.

Como insistentemente ha defendido Waldron, la justificación de esta delegación se basa en la confianza en los ciudadanos como seres autónomos y responsables, rasgos que justamente se buscan proteger con los derechos que el Convenio consagra.³⁸⁵

Como vimos, hacia el final de la Parte I, la distinción de las limitaciones, como normas alterativas de derechos con un carácter propio, distinto de las excepciones, nos previene de caer en una lectura superficial del Convenio. Pero quedó pendiente una respuesta a la versión sofisticada de la lectura superficial del Convenio, aquella que mira a las cláusulas de limitación como ataques o menoscabo de los derechos, la que es propia del que Webber denomina enfoque recibido sobre los derechos.³⁸⁶

De esta manera, lo que puntualiza Waldron para el derecho constitucional, permitiría justificar la existencia de esta clase de normas alterativas en el caso del sistema europeo de derechos humanos: reconocer a los seres humanos como portadores de derechos, supone comprometerlos con una concepción sobre ellos como seres autónomos y responsables, que son, por lo tanto, capaces de determinar exactamente cuáles son los límites apropiados para sus derechos frente a los derechos

³⁸⁵ En este sentido, ha dicho: “Además, confiamos en los agentes no sólo en el ejercicio responsable de los derechos que se les han atribuido, sino también en reconocerles algún grado de responsabilidad a la hora de determinar exactamente cuáles son los límites apropiados para sus derechos, vis-à-vis los derechos de los demás. En una sociedad buena, tal vez esto se haga a través del sistema jurídico. Pero los sistemas jurídicos no surgen de la nada. En las teorías políticas basadas en derechos, los sistemas jurídicos se fundan típicamente en la soberanía popular (aunque sea de forma indirecta), así que hay un compromiso teórico con la propuesta de que aquellos que poseen los derechos en cuestión sean también en principio capaces de pensar cómo utilizarlos adecuadamente” (WALDRON, 2005a: 265).

³⁸⁶ El denominado enfoque recibido de los derechos, es decir, “el que considera a las limitaciones restrictivas e incluso prohibitivas de los derechos”, se equivoca al entender los derechos “como independientes de sus limitaciones”, a pesar de la evidencia que muestra “las muchas acciones justificadas de otros que infringen de manera regular y justificada los derechos” (WEBBER, 2016: 15). Porque si este enfoque es plausible, tendría que serlo también la descripción que realiza la práctica, la que, bajo su prisma, aparece como una práctica donde regulamente se infringen los derechos.

de los demás. Vimos que el pluralismo valorativo pone de relieve justamente esta idea: nuestro concepto normal de seres humanos, supone concebirlo como seres autónomos y responsable.³⁸⁷

Dado que los ciudadanos desacuerdan sobre los derechos y sus límites, se sigue que estas discrepancias, o conflictos entre concepciones sobre los derechos, se gestionen en instituciones que posean legitimación democrática directa, es decir, que se gestionan mejor en los parlamentos que en los tribunales.

Asimismo, esta justificación alcanza para responder a otra objeción a la idea de que las limitaciones implican que los derechos susceptibles de ellas tengan su ámbito de protección indeterminado. La objeción consiste en achacar a esta indeterminación un incentivo a la presentación caprichosa de aplicaciones ante el Tribunal, ya que la mera existencia de cláusulas de limitación, entendidas de esta manera, darían la oportunidad de introducir nuevos derechos, mediante una interpretación extensiva del articulado que contempla el Convenio.³⁸⁸

En este sentido, mediante una aplicación ante el Tribunal, por una presunta violación a las obligaciones del Convenio, se puede tratar de eludir el cerco de la legítima discusión democrática que debería darse a nivel nacional, en el seno de los parlamentos de cada Estado miembro, respecto del límite de los derechos que tenemos. Esto, obviamente, presupone también, compartir la convicción de que los ciudadanos desacuerdan sobre los derechos. En este sentido, el desacuerdo no sería algo pernicioso, sino que una de las circunstancias de la política, las que deben ser aceptadas e incorporadas en cualquier explicación sobre las instituciones que conforman un sistema político, como ciertamente es el Tribunal respecto del sistema europeo.³⁸⁹

³⁸⁷ Esta concepción normal se ve reflejada en nuestro lenguaje moral cotidiano, razón por la cual Berlin rechaza la tesis del determinismo, ya que “Nuestras palabras —nuestros modos de expresión y de pensamiento— se transformarían en formas literalmente inimaginables. Las nociones de elección, de responsabilidad, de libertad están tan profundamente arraigadas en nuestra visión, de que nuestra nueva vida, como criaturas en un mundo que carece realmente de estos conceptos, puede, creo yo, ser concebida por nosotros solo con la mayor dificultad” (BERLIN, 2002: 162). Véase también BERLIN, 2004.

³⁸⁸ Las estadísticas del Tribunal echan por tierra esta objeción, ya que en el periodo 1959-2016, la cantidad de sentencias donde se encontró al menos una violación al Convenio fueron de 16.399, de las cuales solo el 4,58% correspondió al artículo 8, que es el artículo donde más violaciones se produjeron. Por lejos, los artículos que más sentencias tienen en el periodo, donde al menos se encontró una violación, son el artículo 6, que representa el 40,32%; el artículo 5, que representa el 12,86%; y el artículo 1 del Protocolo 1, que representa el 11,93% (CONSEJO DE EUROPA, 2017: 6).

³⁸⁹ Esto debería prevenirnos, como defiende Waldron, de buscar el atrincheramiento de los derechos en el Convenio, actitud que recurre a la rigidez verbal, a fin de evitar una discusión sin fin sobre los derechos que tenemos. Dicha rigidez se expresa de la siguiente manera: “Un derecho jurídico protegido en una carta de derechos encuentra tal protección bajo el auspicio de alguna forma lingüística canónica mediante la cual se enuncian las disposiciones de dicha carta” (WALDRON, 2005a: 262). Como vimos, esta actitud de atrincheramiento se basa en una profunda desconfianza en los procesos políticos y es claramente discernible en muchos de los críticos de la doctrina del Margen de Apreciación, que han puesto sus esfuerzos en tratar

No obstante, como vimos, la democracia no es el único principio que es parte del *ethos* del Convenio y que la DMA ayuda a resguardar. También el Tribunal ha reconocido al pluralismo.

En este sentido, si bien es cierto que la justificación que ofrece Waldron es suficiente para explicar por qué debemos confiar en los procesos democráticos de cada Estado miembro para la determinación del ámbito de protección de algunos derechos que el Convenio consagra, *v.gr.*, al menos los derechos de libertad personal consagrados en los artículos 8-11 del Convenio, los que cuentan con una cláusula de limitación explícita; vimos que la discrecionalidad democrática tiene que poseer límites: garantizar el trato justo de las minorías y evitar el abuso de una posición dominante en el proceso democrático. Esta es, como dije, la forma de interpretar los artículos 17 y 18 del Convenio (prohibición de abuso de derecho y restricción de las limitaciones a su finalidad, respectivamente), cuando se trata de la aplicación de las cláusulas de limitación de los artículos 8-11 del Convenio.

Así, dado que del sistema del Convenio busca garantizar una protección adicional y complementaria a la doméstica, para dar efectividad a los derechos humanos que consagra, lo que la distingue del nivel constitucional,³⁹⁰ resulta adecuado tener cierta desconfianza razonable

de introducir un test de proporcionalidad más riguroso para la interpretación de los derechos limitables que contempla el Convenio. Por ejemplo, han dicho que: “La doctrina del margen de apreciación es más que solo una regla que regula la asignación de competencias. Se refiere también al derecho sustantivo, dado que la doctrina *de facto* permite interpretaciones diversas de los derechos del Convenio [...] Uno puede incluso ir más lejos y sostener que la doctrina del margen de apreciación distorsiona el equilibrio de proporcionalidad que realiza el Tribunal, porque implica que el Tribunal otorga peso al argumento de los intereses colectivos (la posición nacional), no por la substancia del argumento, sino más bien por respeto a la parte (el gobierno nacional) que ha presentado el argumento, es decir, no por el *qué* sino por el *quién*” (HARBO, 2015: 69 y 70). Estas posturas, típicamente, opacan la cuestión de fondo: que la posición nacional o del gobierno es, *prima facie*, una posición que posee legitimidad democrática. Es, en un sentido relevante, la posición del pueblo.

³⁹⁰ El Tribunal ha señalado: “Si, como alegó el Gobierno demandado, se permitieran restricciones sustantivas o territoriales con arreglo a esas disposiciones, las Partes Contratantes tendrían la libertad de suscribir regímenes separados de cumplimiento de las obligaciones del Convenio en función del alcance de sus aceptaciones. Este sistema, que permitiría a los Estados calificar su consentimiento en virtud de las cláusulas facultativas, no sólo debilitaría gravemente el papel de la Comisión y del Tribunal en el desempeño de sus funciones, sino que también disminuiría la eficacia del Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo”, caso *Loizidou v. Turkey*, aplicación No. 15318/89, sentencia a objeciones preliminares, 23 de marzo de 1995, §75. Asimismo, hay varios autores que han defendido que el Convenio es o será una pieza central en la Constitución de Europa. Así, se ha dicho que “el debate sobre el futuro del Tribunal y su carácter evolutivo como Tribunal Constitucional para Europa debe continuar. No se puede negar que ya es un tribunal constitucional o cuasens constitucional, en el sentido de ser el tribunal autoritativo definitivo de un sistema constitucional específico, destinado a garantizar que el ejercicio del poder público en toda Europa sea conforme a la constitución, la constitución en este caso es el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (GREER, 2006: 190). En este mismo sentido, “Cuando las normas del Convenio para la protección de los derechos son más elevadas que las de los ordenamientos jurídicos internos, el Tribunal puede esperar ser activada —sistemáticamente— por individuos que tratan de cambiar el derecho interno. Y cuanto más se comprometa a interpretar el Convenio de manera progresiva, expansiva y abierta, más probable es que la protección de los derechos en uno o varios Estados rutinariamente caiga

del producto de esos procesos democráticos, a la hora de definir el ámbito de protección de esos derechos.

En otras palabras, el sistema del Convenio abriga, por una parte, una confianza en el sistema democrático de cada Estado miembro y, al mismo tiempo, una desconfianza en él. Por esta razón, el principio democrático no es el único que dicho sistema debe resguardar, a fin de que el esquema de derechos que favorece sea practicable. Debe, apoyarse también en el principio del pluralismo.

Si aceptamos que el sistema del Convenio reconoce el conflicto entre derechos, dado que pueden existir diferentes y opuestas maneras de concebir la extensión de protección de los derechos (por ejemplo, que tal medida de interferencia con los derechos sea adecuada para algunos ciudadanos o incluso Estados, como prohibir a los profesores enseñar en la escuela pública vestidos como su religión manda; pero inadecuada para otros), y que, en principio, es mejor que cada estado aborde dicho conflicto mediante su propio sistema democrático; se debe reconocer, al mismo tiempo, que no todos los productos, la particular implementación del ámbito de protección de los derechos, que arroje el sistema democrático de los Estados, es igualmente aceptable.

Esto es, que no todas las medidas de interferencias con los derechos que adopten los Estados miembros son aceptables, por el solo hecho de ser fruto de sus sistemas democráticos. La doctrina del Margen de Apreciación reconoce un amplio espacio a los Estados miembros para definir dicho ámbito, basado en la confianza, pero también desconfía de ellos, pudiendo revisar la particular definición de ese ámbito de protección de cada derecho que realizan los Estados.

Esta desconfianza surge de la necesidad de resguardar el pluralismo, porque, a diferencia de lo que cree Waldron, no somos cínicos los que creemos que muchas veces “la política legislativa y

por debajo de los estándares del Convenio, lo que crea presión para la adaptación nacional. En esta situación, es posible que el Tribunal desempeñe el papel de un Tribunal Constitucional Europeo” (STONE SWEET, 2008: 14). También que: “En gran medida, el Tribunal ha decidido el mismo tipo de cuestiones que un Tribunal Supremo o Constitucional nacional, según principios similares, examinando si los objetivos invocados para restringir los derechos humanos son legítimos, si las restricciones se basan en una base jurídica suficiente y si son proporcionados y necesarios en una sociedad democrática” (WILDHABER, 2011: 227). Incluso, algunos se han aventurado a afirmar que el Análisis de Proporcionalidad, que habría sido adoptado por el Tribunal, sería una muestra de su carácter constitucional: “En nuestra opinión, la adjudicación de derechos basados en la proporcionalidad constituye ahora uno de los rasgos definitorios del constitucionalismo global, si se puede decir que el constitucionalismo global existe en absoluto” (STONE SWEET and MATHEWS, 2008: 74). Contra esto, se ha dicho que el uso de constitucional “en este contexto se ha entendido en un sentido material vago, como referido específicamente a un contenido constitucional (por ejemplo, derechos humanos) o a la función de revisión específicamente constitucional”. En realidad, “Los derechos del Convenio son derechos humanos internacionales en su naturaleza. Como resultado, las interpretaciones del Tribunal no deberían aspirar a reemplazar a las domésticas, en la forma en que las interpretaciones constitucionales lo hacen” (BESSON, 2011: 153).

electoral es una cuestión meramente de autointerés” (WALDRON, 2005a: 273) y, lo que es peor, que existe un peligro real de que el proceso democrático sea capturada por una facción que busque oprimir a los demás con tal de resguardar sus intereses, apoyada por una mayoría apática.³⁹¹ Esto no es una imagen irrespetuosa, como cree Waldron, sino cauta. Un sensata actitud liberal.

Por ello, si del sistema democrático de cada Estado depende algo tan importante como el ámbito de protección de los derechos humanos, ¿no es razonable desconfiar de ese sistema? Los derechos humanos poseen una dimensión especial, que busca proteger al ciudadano de cualquier parte, de los abusos del Estado, o de los abusos que éste permite que ocurran. El liberalismo puede ser optimista, y en esto estoy con Waldron, pero también debe permitirse ser pesimista.³⁹²

Si es cierto, entonces, que un sistema constitucional bien diseñado debe ser el hogar para las diferencias que los ciudadanos tengan de buena fe, incluso si discrepan sobre los cimientos mismos de ese hogar; también es cierto que debe ser el refugio de los oprimidos:

Es de gran importancia en una república no sólo proteger la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra parte. Diferentes intereses existen necesariamente en diferentes clases de ciudadanos. Si la mayoría está unida por un interés común, los derechos de la minoría estarán inseguros. (MADISON, 2003: 254).

Con esto, en *The Federalist No. 51*, Madison articula una de las primeras defensas políticas del pluralismo, reconociendo en la diversidad de formas de vidas en una sociedad, el mejor remedio contra la eventual opresión, en un sistema democrático, de la mayoría contra una minoría:

No hay más que dos métodos para hacer frente a este mal: uno creando una voluntad en la comunidad independiente de la mayoría, es decir, de la sociedad misma; el otro, al comprender en la sociedad tantas descripciones separadas de los ciudadanos, que harán una combinación injusta de una mayoría del todo, muy improbable, si no impracticable. (MADISON, 2003: 254).

El primer método no es efectivo, agrega Madison, porque “un poder independiente de la sociedad puede también abrazar las opiniones injustas de la mayoría, como los legítimos intereses, contra los del partido minoritario, y posiblemente puede volverse contra ambas partes” (MADISON,

³⁹¹ Esto, obviamente, no quiere decir que la “mayoría tiende *sistemáticamente* a ser una amenaza para los derechos”, que con razón se califica como una tesis “simplista y empíricamente discutible” y “un arma de doble filo que se vuelve con facilidad contra quienes la esgrimen” (BAYÓN, 2004: 98).

³⁹² Quien con mayor claridad ha visto este asunto ha sido ciertamente Judith Shklar y su liberalismo del miedo: “El liberalismo tiene solo un objetivo primordial: asegurar las condiciones políticas que son necesarias para el ejercicio de la libertad personal”. Por ello, “El punto importante para el liberalismo no es tanto dónde se dibuja la línea, sino que la línea se dibuje, y que en ningún caso debe ser ignorada u olvidada” (SHKLAR, 2004: 149 y 152). Por ello, no busca ofrecer “un *summum bonum* al que todos los agentes políticos deban aspirar, pero ciertamente comienza con *summum malum*, que todos sabemos y evitaríamos si pudiéramos” (SHKLAR, 2004: 149 y 156).

2003: 254). Por lo que el segundo método es el único se muestra más efectivo a fin de evitar que eventualmente las mayorías terminen aplastando a las minorías.

Esta es la razón de por qué el sistema del Convenio no solo busca preservar la democracia, sin que también el pluralismo: para la protección de las minorías. Para ello, el mejor método es favorecer la diversidad. Esto quiere decir que el pluralismo, como parte del *ethos* del Convenio, no es, como vimos, un principio que el Tribunal extraiga, a partir de un método inductivo, de los sistemas jurídicos de cada Estado miembro, sino que es un valor que el Tribunal busca situar o poner en el mundo.³⁹³ Sobre esto se ha dicho:

Si hay buenas razones para tomar en serio el pluralismo valorativo, entonces se hace más difícil conceder a la democracia la prioridad normativa incuestionable que normalmente goza en el discurso ordinario y filosófico. No solo se restringe el alcance de la autoridad política democrática; ciertas alternativas a la democracia dentro de la esfera de la política deben tomarse más en serio de lo que suelen ser (GALSTON, 2002: 82).

Por ello, mirado desde este punto de vista, el test de tres pasos, que el Tribunal implementó en su jurisprudencia, justamente busca o está orientado a verificar si las medidas de interferencia con ciertos derechos que los Estados realiza, satisfacen el principio democrático.

De allí que este test busque constatar, no solo que formalmente la medida de interferencia haya sido adoptada por Ley, lo que presupone la existencia de un sistema democrático formal, sino que, además de estar amparada en la pre-selección del Convenio, dicha medida cumpla con el principio democrático, a partir de la determinación por el Tribunal si tal medida era o no necesaria en una sociedad democrática. Esto quiere decir, que la medida de interferencia real que adoptó el Estado bajo sus reglas democráticas, se compara con un estándar ideal democrático, que el Tribunal controla a través del tercer paso del test en cuestión.

Del mismo modo, la medida de interferencia, debe ser evaluada en términos análogos, en base al principio del pluralismo, lo que ocurre en la determinación del Tribunal de la operación de limitación, la que, si bien coincide con el test de tres pasos, es, como vimos, conceptualmente separable de él. Nuevamente, entonces, el Tribunal pone en el mundo un principio, en este caso, el del pluralismo.

De cualquier manera, es claro que el proceso de evaluación, que realiza el Tribunal, de las medidas de interferencia adoptadas por los Estados miembro, parte del trabajo interpretativo que realiza el

³⁹³ Esta idea, la de poner valores en el mundo como fundamento de la racionalidad práctica, en RODRIGUEZ-BLANCO, 2014.

Tribunal consiste en comparar dichas medidas con un estándar ideal: se pregunta si ellas satisfacen los principios de la democracia y el pluralismo. En este sentido, el Tribunal pone estos valores en el mundo, expresa el *ethos* del Convenio mediante ambos principios estructurales. Y lo hace, toda vez que se encuentra ante una situación donde debe decidir si determinados elementos del contexto del Estado miembro deben ser tenidos en cuenta.

Las razones de por qué debe conjugar ambos principios, que conforman su *ethos*, a la hora de decidir, es porque la protección efectiva de los derechos consagrados en el Convenio, supone confiar en los procesos democráticos de cada Estado miembro, lo que se expresa, en primer lugar, en un reconocimiento de la democracia formal a través de la primera fase del test de tres pasos, a saber, que dicha medida haya sido adoptada por o según Ley y, en segundo lugar, en la comparación de esa medida según un estándar abstracto configurado por el principio de la democracia, como hace en la tercera fase del test de tres pasos, cuando se pregunta si dicha medida es necesaria en el contexto de una sociedad democrática.

Pero, al mismo tiempo, supone desconfiar de ese proceso, ya que, en el test de tres pasos, también debe garantizar el respeto al principio del pluralismo, teniendo que comparar simultáneamente esa medida con un estándar ideal construido con ese principio, lo que busca proteger a las minorías de eventuales abusos de la mayoría.

El pluralismo valorativo, como vimos, nos previene de creer que agregar valores en la deliberación, por ejemplo, valores innominados, como vimos que hace la estrategia de tomar todas las cosas en consideración que defiende Dworkin, pudiera por sí solo permitir solucionar el problema que el Tribunal enfrenta. La coherencia, que permite evaluar la realización de una combinación determinada de valores; la democracia, que permite concebir y reconocer a los seres humanos como autónomos y responsables; y el pluralismo, que reconoce la diversidad inherente en el mundo como valiosa; son todos ellos valores y no uno que tenga mayor importancia o que preceda a los demás.³⁹⁴

En este sentido, la preservación del *ethos* del Convenio, mediante la consideración de los valores de la democracia y el pluralismo en un contexto donde quepa aplicar el Margen de Apreciación; se justifica en que ellos deben tenerse en cuenta, por lo que hacen más compleja la deliberación y adjudicación que realiza el Tribunal.

³⁹⁴ En este sentido se ha dicho que el pluralismo valorativo “sugiere que, como objeto de calificación, es mejor que una sociedad abrace más valores en vez que unos pocos” (CROWDER, 2004: 156).

Aquí no hay espacio para lo hércules, ni para las respuestas correctas y definitivas, porque es un contexto de desacuerdo, por lo que no afirmo que el Tribunal, entendido como una de las piezas de la Constitución de Europa, sea el que siempre esté llamado a hacer esto. Más bien que, por ahora, es el que está en mejor posición para hacerlo, ante la ausencia de un parlamento europeo con plenos poderes.

En esto, estoy con Bayón, ya que no se puede defender al mismo tiempo que la mayoría es una amenaza para las minorías y que los jueces constitucionales sean el remedio contra ello, ya que “a medio plazo estos tienden a alinearse con el punto de vista de aquella” (BAYÓN, 2004: 102).³⁹⁵

En lo sucesivo, veremos qué significado tiene esto para la concepción de los derechos humanos que el sistema del Convenio presupone.

³⁹⁵ Además, dada la experiencia chilena, que es la que mejor conozco, es más sencillo (y hasta mejor) para una facción determinada, capturar un tribunal constitucional que un parlamento.

5. El zorro estaba equivocado en muchas cosas.³⁹⁶

Conviene detenerse aquí y replantear el tema. Habida cuenta de la confianza en los sistemas democrático de cada Estado, el sistema del Convenio contempla que, para ciertos derechos (no-absolutos), aquellos que poseen una cláusula de limitación explícita, sean los propios Estados los que definan la extensión de la protección de tales derechos.

La justificación de esta delegación está en la flexibilidad que ciertos derechos necesitan, en atención a que su implementación presupone desacuerdos genuinos, por ejemplo, sobre sus límites o sobre la manera de resolver conflictos potenciales con otros derechos u objetivos o intereses públicos, por lo que dichos desacuerdos no pueden resolverse en abstracto, sino que deben hacerse en concreto, en el contexto particular de cada Estado miembro.

En este sentido, el Margen de Apreciación viene a posibilitar que existan respuestas diferenciadas entre los Estados miembros respecto de la extensión de la protección de esos derechos. Esta sería, en el fondo, uno de los aspectos a justificar de la DMA y respecto de la cual el pluralismo provee razones para contestar a la acusación de relativismo.

Si se acepta que el sistema del Convenio es hogar para visiones encontradas, e incluso conflictivas, sobre la definición de la protección de los derechos, se debe reconocer que el conflicto no es uno solo, sino que se expresa en, al menos, dos formas principales.

La primera, un conflicto entre los derechos consagrados en el Convenio. Vimos que el único elemento común a todas las cláusulas de limitación de los artículos 8-11 (ver Tabla 1, Introducción), es justamente la referencia a la protección de los derechos y libertades de los demás. Esto quiere decir, que el sistema del Convenio reconoce que puede haber conflictos en la implementación de los derechos consagrados por él, que impliquen la limitación o sacrificio de uno u otro dependiendo de las circunstancias de cada Estado. Por ejemplo, como en el caso *Dahlab v. Switzerland*, una forma de interpretar el conflicto que tiene lugar respecto de si los profesores de la escuela pública en Europa pueden ir vestidos como les exige su religión, sería considerarlo como un conflicto entre el derecho de libertad religiosa de los profesores contra el mismo derecho que les asiste a los padres y alumnos o contra el derecho a la educación entendido de manera neutral.³⁹⁷

³⁹⁶ La expresión es de Blattberg (BLATTBERG, 2017).

³⁹⁷ Aquí solo considero la posibilidad de conflictos entre derechos no-absolutos, ya que, como vimos, ante un eventual conflicto entre un derecho no-absoluto con un derecho absoluto, debería primar este último,

La segunda, un conflicto entre un derecho del Convenio y algunos fines o intereses públicos legítimos, que los Estados miembros buscan alcanzar y cuya invocación está atada a la pre-selección que realiza la propia norma que consagra la cláusula de limitación (ver Tabla 1, Introducción). Esto quiere decir, que el sistema del Convenio reconoce que existen ciertos intereses o fines sociales o colectivos, distintos de los intereses contemplados en los derechos pero que pueden entrar en conflicto con ellos. Por ejemplo, como en el caso *Eweida and Others v. United Kingdom*, el Tribunal consideró que era legítimo limitar el derecho a la libertad religiosa de una enfermera de usar una cruz visible en una sala de hospital, a fin de proteger la salud y la seguridad del recinto hospitalario público.³⁹⁸

aunque el caso más complejo es que es “teóricamente imposible resolver conflictos entre derechos absolutos” (CHRISTOFFERSEN, 2009: 110). Un caso conocido por el Tribunal en este sentido, fue el *S.W. v. United Kingdom*, donde un marido condenado por violación a su mujer, alegó que la corte aplicó en su caso la ley penal de forma retroactiva, ya que el crimen lo había cometido en 1990, cuando recién en 1991 la House of Lords derogó la excepción de inmunidad marital en caso de violación. El Tribunal rechazó la demanda del marido, puntualizando que “el abandono de la inaceptable idea de que un esposo es inmune a la persecución por violación de su esposa estaba en conformidad no sólo con un concepto civilizado de matrimonio, sino también, y sobre todo con los objetivos fundamentales del Convenio, cuya esencia es el respeto a la dignidad y libertad humana”, caso *S.W. v. United Kingdom*, aplicación No. 20166/92, sentencia de 22 de noviembre de 1995, §44. Este problema se ha reavivado en el último tiempo, a propósito del caso *Gäfgen v. Germany* (véase la discusión GREER, 2011 y SMET, 2013). A pesar de sus diferencias respecto de si dicho caso es genuinamente un caso de conflicto entre derechos absolutos, tanto Gree y Smet reconocen, al igual que Christoffersen, que esta clase de conflicto de derechos “no puede resolverse por las líneas de razonamiento jurídico existentes en la jurisprudencia del Tribunal” (SMET, 2013: 471).

³⁹⁸ “El Tribunal considera que, al igual que en el caso de la Sra. Eweida, la importancia para la segunda demandante de que se le permita manifestar su religión llevando una cruz visiblemente, debe pesar en mucho en el equilibrio que se debe alcanzar. Sin embargo, la razón para pedirle que eliminara la cruz, es decir, la protección de la salud y la seguridad en una sala de hospital, era inherentemente de una magnitud mayor que la aplicada con respecto a la Sra. Eweida. Además, se trata de un ámbito en el que las autoridades nacionales deben tener un amplio margen de apreciación. Los gerentes del hospital estaban mejor preparados para tomar decisiones sobre seguridad clínica que un tribunal, en particular un tribunal internacional que no ha oído ninguna evidencia directa [...] De ello se desprende que el Tribunal no puede llegar a la conclusión de que las medidas que afectaron a la Sra. Chaplin eran desproporcionadas. De ello se desprende que la injerencia en su libertad de manifestar su religión era necesaria en una sociedad democrática y que no ha habido violación del artículo 9 respecto de la segunda demandante”, caso *Eweida and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013, §99-100. En la misma aplicación respecto de la Sra. Eweida, vimos que la búsqueda del equilibrio justo entre los diversos intereses era de naturaleza distinta, “el deseo de la Sra. Eweida de manifestar su creencia religiosa” tuvo que contrapesarse con “el deseo del empresario de proyectar una determinada imagen corporativa”, frente a lo cual el Tribunal consideró que “si bien este objetivo era indudablemente legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasiado peso”, aunque el problema quizás es que se trataba de un conflicto entre derechos: por una parte, el de libertad religiosa de la Sra. Eweida, y por otro, el de British Airways, quien tenía un derecho que emanaba de un contrato: “British Airways tenía derecho a concluir que el uso de un uniforme desempeñaba un papel importante en el mantenimiento de una imagen profesional y el fortalecimiento del reconocimiento de la marca de la empresa, y tenía el derecho contractual de insistir en que sus empleados llevaran uniforme”, tal y como defendía el Gobierno británico. Caso *Eweida and Others v. United Kingdom*, aplicaciones Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013, §61.

Por ello, una forma de decirlo, para usar una distinción de Dworkin, es que el sistema del Convenio, como parte del sistema político que conforma el Consejo de Europa, contiene elementos que permiten comprenderlo a partir de una teoría política basada en derechos, objetivos y deberes.³⁹⁹ Ya dije que los derechos absolutos son los únicos que poseen deberes claramente determinados. Ahora afirmo que el sistema del Convenio, en el caso de los derechos de libertad política de los artículos 8-11, contempla también objetivos colectivos.

En este sentido, cabe comprender a los derechos de los artículos 8-11 como derechos políticos: Un “derecho político es una finalidad política individualizada”, frente a lo cuales, el propio Convenio permite limitarlos en atención, no solo de otros derechos que consagra el Convenio, sino que, también, de ciertos objetivos colectivos, los que buscan “estimular los intercambios de beneficios y cargas en el seno de una comunidad, con el fin de reducir algún beneficio global para ésta en su totalidad” (DWORKIN, 2012a: 159). Desde esta perspectiva, uno de los problemas de interpretación principales con que el Tribunal debe lidiar en las aplicaciones sobre estos artículos, es justamente enfrentar la cuestión de que el Convenio pone a los derechos y a los objetivos colectivos en una relación de interacción, a través de las cláusulas de limitación.

Al igual que Waldron, creo que reconocer esta distinción no me compromete con nada más que ayudar a elucidar la cuestión de si “una teoría puede estar comprometida con los derechos individuales en sus fundamentos y dejar todavía abierta la cuestión de qué implicaciones tienen dichos fundamentos sobre la construcción política o constitucional” (WALDRON, 2005: 255-256).

Esto nos permite elucidar una de las razones que justifican la existencia de la DMA, es decir, la respuesta a las preguntas de por qué es valioso preservar el *ethos* del Convenio y por qué es deseable el estado de cosa que busca alcanzar, a saber, un esquema practicable o composable de derechos.

³⁹⁹ “1) Diré que un estado de cosas es un *objetivo* dentro de una teoría política determinada si, dentro de esa teoría, el que un acto político favorezca o preserve ese estado de cosas cuenta en favor de dicho acto [...] 2) Diré que un individuo tiene *derecho* a un acto político determinado, dentro una teoría política, si el prohibirle realizar dicho acto, cuando él lo requiere, no está justificado dentro de esa teoría aunque, habida cuenta de todas las circunstancias, los objetivos de la teoría fueran incumplidos por dicho acto [...] 3) Diré que un individuo tiene el *deber* de actuar de una manera determinada, dentro de una teoría política, si una decisión política que restrinja ese acto se justifica dentro de esa teoría aunque esa decisión no sirva a ningún objetivo del sistema” (DWORKIN, 2012a: 258-259). También toman esta distinción MACKIE, 1984: 168-181 y WALDRON, 2005a: 254-258.

Vimos que la flexibilidad en ciertos derechos era necesaria para gestionar los conflictos inherentes en las sociedades modernas, el que incluye desacuerdos en torno a los derechos que tenemos. A juicio de Waldron:

Sabemos que, si confiamos la protección de los derechos al pueblo, se le confiará a hombre y mujeres que discrepan acerca de qué es lo que implican tales derechos. Es tentador inferir del hecho de dicho desacuerdo y de los procesos (como el voto) que serán necesarios para resolverlo que este tipo de protección en política equivale a dejarlos desprotegidos. Es tentador pensar que la gente que está preparada para conceder su voto en materias de derechos fundamentales y para aceptar el punto de vista de la mayoría simplemente no se toma los derechos en serio. (WALDRON, 2005a: 365).

En el caso del sistema del Convenio, donde dice pueblo, debe leerse pueblos. El problema de esto es, como vimos, la cuestión disputada respecto del estatus constitucional del sistema del Convenio. Pero incluso si, como creo, ya podemos considerar al Convenio como la piedra angular, la clave, de la Constitución de Europa, el pluralismo valorativo de Isaiah Berlin no parece ser el mejor candidato para proveer una justificación para este sistema constitucional.

Recientemente, Waldron ha transformado su tímida “preocupación que la teoría política se entienda como una filosofía moral aplicada” (WALDRON, 2013: 6), como habría sugerido Berlin, en un ataque frontal al legado intelectual de Berlin.⁴⁰⁰ Le acusa de no reconocer al constitucionalismo como el legado más perdurable de la Ilustración.

En este sentido, al enfocarse en los aspectos morales de la filosofía política, la obra de Berlin tendría este punto ciego sobre el constitucionalismo ilustrado, ya que, a juicio de Waldron, si lo aceptara: “echaría por tierra la propuesta central de Berlin de que el diseño social de la Ilustración era una cuestión de perfeccionismo monista y abusivo” (WALDRON, 2016: 218).

Asimismo, Waldron sugiere otras razones menos persuasivas: el tema de constitucionalismo ya había sido tomado por Hannah Arendt,⁴⁰¹ o que simplemente Berlin no haya tenido interés en el tema.⁴⁰² Pero la razón principal que aduce es que Berlin tendría una concepción diferente de la filosofía política:

⁴⁰⁰ Este cambio de actitud quizás también se explique por su reverencia a las instituciones, porque convengamos que hay cosas que no se pueden decir, sin faltar el respeto, sobre nuestros predecesores, sobre todo si éstos ocuparon la misma cátedra sobre la cual se está realizando una conferencia inaugural con motivo de su instalación. Cinco años después, y ya apropiado en ella, es más sencillo hacerlo.

⁴⁰¹ En su obra de 1963 *Über die Revolution*: “se alejó de este aspecto de la Ilustración porque ya era muy prominente en la obra de su archienemigo, Hannah Arendt” (WALDRON, 2016: 217).

⁴⁰² “Era bien conocida su falta de interés en el derecho y en las estructuras legales (aunque hay algunos comentarios interesantes sobre Montesquieu y por el derecho hecho por los jueces)” (WALDRON, 2016: 218).

Tal vez sea solo que Berlin tenía una concepción diferente de la teoría de la política, de la filosofía política, que la que me ha motivado en este artículo. Yo dije en mi conferencia inaugural (a la cátedra que él también ocupó) que la concepción de Berlin de la teoría política era mucho más ética en su carácter que política. (WALDRON, 2016: 219).⁴⁰³

Por el contrario, lo que celebra Waldron del constitucionalismo ilustrado, se encuentra en las antípodas del pensamiento de Berlin:

La concepción de la constitución de una sociedad como algo así como una máquina con pesos, muelles, trinquetes, balastos, escapes y gobernadores centrífugos, está presente a lo largo de la filosofía política del siglo XVIII. Los constitucionalistas ilustrados fueron los ingenieros y científicos de esta maquinaria. (WALDRON, 2016: 2010).

Pero justamente, sobre este punto, la forma en que supuestamente los constitucionalistas ilustrados concebían las constituciones, han surgido las primeras críticas del ataque que Waldron hace a Berlin. Este punto, por ejemplo, está en el corazón del argumento de Blattberg contra Waldron, a propósito del constitucionalismo como la gran obra de la Ilustración.⁴⁰⁴

Pero Waldron debería sentir arrepentimiento por otra razón [no haber escrito “un ensayo particularmente respetuoso” sobre Berlin (WALDRON, 2016: 219)], porque el constitucionalismo de la Ilustración *es* monista [...] Al fin y al cabo, equilibrar los valores alojados dentro de una unidad es una cosa, pero equilibrar los de una pluralidad es otra: la primera puede, supuestamente, realizarse sin mancha moral (el utilitarismo es el ejemplo más obvio), mientras que la segunda requiere a menudo compromisos sucios, incluso (en el peor de los casos) trágicos. (BLATTBERG, 2017).

Por ello, Blattberg señala que “Si Waldron está interesado en una constitución que se reconoce como el producto de un compromiso modesto, pragmático y experimental, entonces debe mirar hacia el norte del paralelo 49” (BLATTBERG, 2017), citando como ejemplo de un compromiso político genuino, a la British North America Act (1867). Por ello, concluye Blattberg:

Así Berlin, el pluralista tenía razón al oponerse al constitucionalismo de la Ilustración. Sabía que el estado neutral inevitablemente neutralizaría a todos esos ‘otros’ desventurados e inconmensurables que no encajan dentro de su aparentemente unificada máquina de Procusto. De hecho, es por eso que, ‘mientras haya ingenieros [sociales]’, parafraseando a Karl Kraus, ‘la casa se ha vuelto menos habitable’. (BLATTBERG, 2017).

⁴⁰³ “A veces me preocupa que la teoría política se entienda como una filosofía moral aplicada. Aparte de su trabajo en la historia de las ideas, esta parece haber sido la opinión de otro de mis predecesores de Chichele: Isaiah Berlin, que sostuvo la cátedra desde 1957 hasta 1967 [...] Leer casi cualquier obra de Berlin es leer ensayos que no se interesan resueltamente en el carácter detallado de la estructura política. Berlin no se preocupaba por las formas en que las instituciones políticas liberales o democráticas podían acomodar la libertad y la diversidad que él consideraba tan importantes en la vida humana” (WALDRON, 2013: 6-7).

⁴⁰⁴ “Uno de los logros más importantes de la Ilustración europea es lo que llamaré constitucionalismo de la Ilustración [...] Isaiah Berlin, supuestamente uno de nuestros más grandes intérpretes del pensamiento de la Ilustración, tuvo muy poco que decir sobre esta herencia de pensamiento y estos logros. He rebuscado en su trabajo y lo digo en serio: casi no hay nada sobre el constitucionalismo de la Ilustración en sus escritos: unos cuantos jirones y trozos borrosos de papel aquí y allá; nada de importancia” (WALDRON, 2016: 206).

En este sentido, la confianza de Waldron en la democracia y en el diseño institucional, le hace menospreciar la importancia, que incluso cabría en el seno de la tradición intelectual que él mismo defiende, sobre el peligro real de que un sistema político democrático pudiera dar lugar a una tiranía de las mayorías. Con tradición intelectual, me refiero, al menos, a Madison en *The Federalist* No. 51, que cité en la sección anterior, escrito que puede ser interpretado como una apelación al pluralismo de formas de vida como remedio contra los excesos de la discrecionalidad democrática.

Por ello, incluso una acotación aparentemente inofensiva de Waldron en otro ensayo: “Berlin no se preocupaba por las formas en que las instituciones políticas liberales o democráticas podían acomodar la libertad y la diversidad que él consideraba tan importantes en la vida humana” (WALDRON, 2013: 7), debe leerse con cuidado.

Para defender este punto, Waldron se apoya en Rawls, quien justamente no apoya la tesis de Waldron contra Berlin, sino que todo lo contrario, da la razón a Berlin sobre un punto central de su pensamiento: “Como Berlin ha largamente sostenido (este es uno de sus temas principales), no hay mundo social sin pérdida: esto es, no hay un mundo social que no excluya algunas formas de vida que realicen de maneras especiales determinados valores fundamentales. La naturaleza de su cultura e instituciones resultan demasiado desagradables” (RAWLS, 1993: 197).⁴⁰⁵

Creo que Rawls captura adecuadamente el punto valioso en el pensamiento de Berlin, el que debería leerse así: dado que no hay un mundo social que no excluya algunas formas de vida, entonces el diseño constitucional tiene que ser capaz de controlar y amparar a las formas de vida minoritarias que puedan quedar excluidas con las decisiones adoptadas mediante la deliberación democrática. Esto contrasta con la sugerencia de Waldron, quien rápidamente salta a la conclusión errónea de que: dado que no hay un mundo social que no excluya algunas formas de vida, de ello se sigue que para Berlin no haya ningún diseño constitucional viable.

Este último punto nunca ha sido sostenido por Berlin y no hay en su obra sustento textual para defenderlo.⁴⁰⁶ Todo lo contrario, Berlin siempre insistió, sobre todo hacia el final de su vida

⁴⁰⁵ Parece que a Waldron le interesa más bien torcer lo dicho por Rawls en el cuerpo del texto, ya que cita justamente un comentario de Rawls a pie de página, donde amplía esta idea, señalando que “no existe [para Berlin] ninguna familia de instituciones funcionales que puedan permitir suficiente espacio para todos ellos” (RAWLS, 1993: 197 n. 32). El énfasis es mío, para mostrar la forma en que Waldron trata de dar vuelta lo dicho por Rawls a fin de favorecer su propia agenda.

⁴⁰⁶ Más bien, la hay en sentido contrario: “Este contexto histórico [la Guerra Fría, donde en muchas partes del mundo había regímenes constitucionales puramente retóricos] que está resueltamente ausente en la contribución de Jeremy Waldron a este volumen, carga sobre Berlin por descuidar el constitucionalismo ilustrado. Negación es una palabra equivocada, me parece, ya que Berlin fue bastante explícito al señalar

intelectual, en la idea de que la vida política implica compromisos, *trade-offs* o compensaciones.⁴⁰⁷ Ellas eran necesarias, porque siempre la vida social y política colectiva implicaban para Berlin una pérdida de algo que, en principio, podría ser valioso. Este es el fondo de la tesis sobre la inconmensurabilidad de los valores y la pérdida como inherente a la elección entre valores.

La diversidad es valiosa para el pluralismo, porque no podemos pre-juzgar cuáles valores tienen más peso que otros, ni anticipar cuáles deberían tener primacía o sojuzgar otros, no al menos sin pérdida, lo que debe ser tenido en cuenta al momento de su elección. Esta verdad conceptual sobre los valores, que no todos los grandes bienes pueden vivir juntos, no se soluciona, como vimos, adscribiendo o agregando otro valor en la deliberación: democracia, legitimidad, justicia, etc., ya que esta estrategia sigue estando condenada al fracaso: más valores solo hace más complejo el escenario, sobre qué cosas tendremos que decidir, cuáles serán sacrificadas y de qué manera serán compensadas las pérdidas.

Para Waldron, por el contrario, la diversidad de formas de vidas es algo que se debe acomodar, pero no dice nada respecto de la pérdida de los valores en juego, aquellos que pueden ser excluidos por la deliberación democrática. La lógica de Waldron respecto de la acomodación de las minorías es, en consecuencia, la lógica de las excepciones.

Así, para Waldron, la diversidad debe sacrificarse en la hoguera del principio de que todos somos iguales ante la ley: “Nuestra creencia en el estado de derecho nos compromete al principio de que la ley debe ser la misma para todos: una ley para todos sin ninguna excepción” (WALDRON, 2002: 3). Sin embargo, a la hora de enfrentar esa diversidad y el tratamiento concreto que debemos

que la libertad negativa sólo podía asegurarse dentro de un marco de derechos constitucionalmente arraigados y garantizados”. Luego Ignatieff cita una carta de Berlin a Frederick Rosen de fecha 17 de julio de 1991, donde señala: “Me parece que la única garantía de las libertades civiles, o cualquier tipo de libertad, negativa o positiva, es, en definitiva, su establecimiento por leyes más allá de la interferencia de las mayorías, leyes que garanticen el espacio mínimo privado que Constant señalaba y, por consiguiente, por constituciones escritas, o mejor aún que escritas, aceptadas sin mucha duda; declaraciones de derechos; principios y leyes fundamentales, tal vez de ese tipo (si mucho más igualitarios, aplicables a todos los habitantes de un país) como un grupo de terratenientes estadounidenses propietarios de esclavos (que no eran partidarios de la libertad popular total) elaboraron para su país” (IGNATIEFF, 2016: 224-225).

⁴⁰⁷ Sobre la implicancia de esta idea para la teoría de los derechos humanos, se ha dicho:

“El reconocimiento de que los *trade-offs* pueden ser necesarios se basa en una especie de pluralismo de valores, la idea razonable de que el compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos y el compromiso con la democracia constitucional pueden ser ambas prioridades morales elevadas. Sin superar a la otra, y una vez que vemos que tanto el compromiso con la democracia constitucional como el compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos descansan en una pluralidad de valores, no debe sorprendernos que surjan tensiones entre los dos compromisos” (BUCHANAN, 2013: 246).

dar a las minorías en el sistema democrático, Waldron se compromete con la idea de las excepciones:

Por supuesto, la ley puede hacer una excepción para el Sikh o para el uso sacramental del vino. Las leyes tienen todo tipo de excepciones, condiciones y calificaciones. Siempre que ellas también sean declaradas en términos generales y administradas imparcialmente, su existencia no viola el principio del estado de derecho con el que comencé, al menos no formalmente, aunque la estrategia de la excepción puede a veces presentar más dificultades de las que es capaz de resolver. (WALDRON, 2002: 4).⁴⁰⁸

Waldron entiende este proceso como “una razonable acomodación de las minorías”, en los siguientes términos: “Considero esto como una acomodación, dentro de un sistema legal moderno, de las normas y requerimientos de su cultura o religión de la ley asociada con su cultura o religión, o asociada en otro sitio con una comunidad política de la cual ellos y sus antepasados fueron una vez parte” (WALDRON, 2010: 103). En este sentido, “la acomodación es un ‘término elástico’” (ARONEY and AHDAR, 2012: 409). Razón por la cual, ella puede incluir:

(i) excepciones de prohibiciones generalmente aplicables o requerimientos que permitan acciones (u omisiones) requeridas por las normas minoritarias, pero actualmente prohibidas por la ley general; o (ii) dando efectos jurídicos a transacciones (como ciertos tipos de matrimonio o transacciones inmobiliarias) estructuradas y controladas por normas distintas a las utilizadas para estructurar transacciones similares en el sistema jurídico general” (WALDRON, 2010: 103).⁴⁰⁹

Pero siendo justo con Waldron, en realidad, si bien cree que la forma de lidiar con las minorías es la acomodación, entendida como excepciones a la regla de la igualdad ante el derecho; su recurso a ella puede ser explicado por la idea de que la dignidad de los seres humanos es un concepto de estatus, es decir, se constituye por los derechos que reconocemos a los individuos, y no al revés, es decir, no porque tengamos dignidad se sigue que debemos tener tales o cuales derechos.⁴¹⁰

Esto deja clara la ambivalencia de Waldron sobre las excepciones como mecanismo idóneo para realizar la acomodación de la diversidad: si la acomodación supone adoptar excepciones para ciertos derechos, entonces se vería afectada la idea de un estatus constituido por los derechos que tenemos. En otras palabras, para preservar un trato igualitario por el derecho, tenemos que tener

⁴⁰⁸ Otro ejemplo que contempla, es el caso de dar vino en misa a los niños o el cuchillo kirpan que utilizan de los sijes: “Eximimos la conducta porque podemos ver que no es realmente el tipo de cosa a la que se apunta la prohibición general” (WALDRON, 2002: 5).

⁴⁰⁹ Considera la imposición de penas o castigos más severas por crímenes que las contempladas en el sistema jurídico general, pero luego las desecha (véase WALDRON, 2010: 103-104).

⁴¹⁰ El *locus* waldroniano para la idea de que la dignidad es concepto de estatus en vez de un concepto de valor, se encuentra en WALDRON, 2012: 57-61.

los mismos derechos, de lo contrario, no seríamos tan iguales como estamos dispuestos a defender.

Por ello, esta idea de Waldron es importante, ya que justamente los derechos humanos han sido tradicionalmente defendidos a partir de la dignidad humana. Y si Waldron tiene razón, como creo que la tiene, en defender que la dignidad es un concepto de estatus y no de valor, entonces reconocer un catálogo diferenciado de derechos, o al menos permitir formas diferentes de proteger los mismos derechos, supone, en un sentido relevante, afectar nuestro estatus de ser seres con igual dignidad. Así, en el caso de los derechos humanos, esto implicaría no poseer la misma dignidad, lo que echaría por tierra la estrategia que justamente busca defenderla como un concepto de estatus.

Este punto de Waldron se aviene bastante bien con el activismo sobre los derechos humanos, pero bastante mal con la realidad de la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Porque vimos, con bastante detalle en la Parte I, que las normas alternativas de derechos, son usadas justamente para conseguir cierta flexibilidad en la implementación de los derechos humanos y que el mismo Margen de Apreciación es el principio interpretativo desarrollado por el Tribunal para permitir esto. Esto va en un sentido contrario de la tesis de Waldron.

Además, llama la atención que el gran filósofo de la legislación no haya reparado en que existen en la legislación de muchas partes, otras formas en que se puede alcanzar la acomodación, *v.gr.*, las cláusulas de limitación, la clase de normas alternativas cuya independencia conceptual defendí con detalle en la Parte I.

De cualquier manera, el punto de Waldron sobre la dignidad como estatus es muy importante y se puede poner en forma de pregunta: ¿Cómo es posible reconocer una implementación contextual de los derechos humanos y, al mismo tiempo, no afectar la idea de dignidad como estatus que esos derechos proveen?

La respuesta, como veremos, está en la concepción trivial que usualmente se tiene sobre uno de los elementos definitorios de los derechos humanos: su universalidad. En lo sucesivo analizaremos este asunto.

6. Relativa universalidad.

Para muchos autores, el hecho de que un instrumento de derechos humanos contemple normas alterativas, por ejemplo, derogación de derechos en estado de excepción o cláusulas de limitación sobre derechos, es prueba suficiente de que existe una jerarquía de derechos. En el caso del Convenio, se ha dicho que “después de los derechos absolutos en la jerarquía, hay algunos derechos que sólo se pueden interferir en un número muy limitado de formas” (LEGG. 2012: 210).⁴¹¹

¿Cuál es el impacto que tiene esta idea en la concepción de los derechos humanos como universales? No hay una conexión necesaria entre la idea de derechos absolutos y universalidad, como tampoco que ello dicha conexión presuponga o establezca una jerarquía de derechos.

Resulta solo aparente la contradicción que existe, por una parte, entre el reconocimiento de la distinción entre derechos absolutos y derechos no-absolutos y, por otra, la idea de universalidad de los derechos humanos, teniendo en consideración, como vimos, que el problema más bien tiene que ver con tener que considerar, al mismo tiempo, el carácter indivisible de los derechos humanos.

El problema filosófico detrás de este asunto es doble. El primero, consiste en la elucidación de la aparente conexión conceptual entre la concepción de los derechos humanos como derechos absolutos y su universalidad.⁴¹² El segundo, consiste en la aplicabilidad de tales derechos considerados absolutos, es decir, precisar qué quiere decir esto exactamente, porque si son absolutos, parece que, en principio, no podría haber conflictos entre ellos y, si lo hubiere, tendría que haber una forma unívoca de resolverlos.

En otras palabras, como vimos, en la Parte I, la no-derogabilidad de ciertos derechos humanos se ha vinculado conceptualmente con su carácter absoluto, pero, al parecer, también se puede vincular a su carácter universal, lo que, en principio, afectaría la comprensión del proceso de adjudicación de tales derechos.

Por ello, este problema es un problema conceptual de tipo relacional: surge de la vinculación que existe entre la conceptualización de los derechos humanos como derechos absolutos (problema

⁴¹¹ En el mismo sentido, CLAYTON and TOMLINSON, 2000.

⁴¹² Dicho de forma más clara: “la mejor justificación de la *universalidad* de los derechos humanos, reconocida en la mayoría de formulaciones convencionales, es la atribución de derechos morales a todos los seres humanos” (MORESO, 2009: 70).

por el concepto), con el tipo de fundamento que dichos derechos reclaman, esto es, su carácter universal (problema del fundamento).⁴¹³ En este sentido se ha dicho que:

Las normas de derechos humanos no protegen los intereses individuales de un Estado, sino que los intereses de la humanidad como tal y los intereses que protegen no están a disposición de los Estados ni pueden ser dañados por represalias o incumplimiento recíproco. Esto refleja el hecho de que, a diferencia de los derechos individuales, los derechos humanos protegen al individuo como tal, independientemente del vínculo con los derechos e intereses de cualquier Estado y, por lo tanto, protegen el interés de la comunidad. Los derechos humanos no son sólo derechos individuales; son derechos no desechables por los Estados, individualmente o de manera concertada (ORAKHELASHVILI, 2006: 53).

Por ello, para explicitar la vinculación entre no-derogabilidad y universalidad, es necesario revisar uno de los presupuestos de los derechos humanos, a saber, la concepción de los derechos humanos como derechos que todos los seres humanos tienen por el hecho de ser tales, independientemente de su condición particular o local o del reconocimiento legal del Estado donde habiten.

Dada la diversidad inherente en el mundo, no solo de las sociedades humanas (su cultura, sus prácticas sociales, sus valores, etc.), sino que también de sus sistemas jurídicos, resulta problemática la idea de universalidad de los derechos humanos, ya que ella busca construir un contexto general y un lenguaje común, donde en principio quede neutralizada dicha diversidad inherente, dicho pluralismo dentro de las sociedades y entre los pueblos.⁴¹⁴ En este sentido se ha señalado que:

La clase especial de los derechos humanos posee estos tres roles: 1. Su cumplimiento es una condición necesaria de la decencia de las instituciones políticas de una sociedad y de su ordenamiento jurídico. 2 Su cumplimiento es suficiente para excluir la intervención justificada y contundente de otros pueblos, por ejemplo, mediante sanciones diplomáticas y económicas, o en casos graves por la fuerza militar. 3. Establecen un límite al pluralismo entre los pueblos (RAWLS, 1999b: 80).

Dicha neutralización no es solo en términos formales, es decir, que todos en todas partes gocen de uno y el mismo catálogo de derechos, sino que también en términos substantivos, es decir, que el contenido significativo de cada derecho y libertad, su alcance y la extensión de su protección,

⁴¹³ Sobre la distinción entre concepto y fundamento de los derechos humanos, véase LAPORTA, 1987.

⁴¹⁴ Este problema es válido también para el caso de pactos regionales sobre derechos humanos, como en caso del Convenio. Por ello, se ha defendido un concepto inclusivo de universalidad, entendida como “la aplicabilidad general y global y todo-inclusiva” de los derechos humanos (BREMS, 2001: 295), la que si bien acepta ciertas técnicas de acomodación para instanciarse (BREMS, 2001: 314, entre las que cuenta el margen de apreciación: BREMS, 2001: 357 y ss., como técnica de “acomodación de la diversidad” (BREMS, 2001: 400), persigue principalmente la eliminación del doble estándar en materia de derechos humanos: “exige la objetividad, consistencia e imparcialidad en la evaluación de la situación de los derechos humanos a través del mundo y en las reacciones frente a sus violación”; enfatiza la indivisibilidad de los derechos humanos y aboga por “mejorar la aceptación de los derechos humanos, en términos filosóficos y antropológicos, en todas las sociedades” (BREMS, 2001: 310-311).

sean iguales para todos: que la esclavitud sea entendida en todas partes de la misma manera y que, por ello, esté prohibida en todas partes de la misma manera (absolutamente, sin excepciones, limitaciones o derogaciones en casos excepcionales o de emergencia).

No obstante, resulta obvio que siempre existen particularidades en cada sociedad humana y sistema jurídico, las que permiten cierta deriva al momento de reconocer y proteger los derechos humanos.⁴¹⁵ Por ello, esta uniformidad de los estándares sobre derechos humanos es una aspiración teórica, más que una realidad práctica, razón por la cual se ha insistido tanto en su papel como uno de los aspectos salientes de la universalidad de los derechos.

En este sentido, existen dos tipos de teorías que abogan por dos conceptos distintos de universalidad. En primer lugar, están quienes buscan establecer un concepto sofisticado de universalidad, los que “subrayan que la universalidad no requiere uniformidad, ya que deja espacio para la diversidad. Estos autores tratan la universalidad como un concepto normativo absoluto; desde el punto de partida de que los derechos humanos deben ser universales, determinan lo que esto significa” (BREMS, 2001: 14). En segundo lugar, están quienes defienden un concepto relativo de universalidad

Otros, por el contrario, usan el término universalidad como concepto relativo, refiriéndose a la uniformidad de los estándares en diferentes contextos, en oposición a la apertura a la diversidad contextual. En este sentido, la universalidad es un aspecto de las normas de derechos humanos, la tendencia centralizadora, que siempre está en tensión con su opuesto: la subsidiaridad. Esta es la tendencia a dejar cuestiones a la discreción de las autoridades nacionales, de modo que los elementos culturales y de otros contextos pueden afectar a los estándares (BREMS, 2001: 14-15).

Este es el segundo sentido de universalidad que parece adecuado aquí, no solo por lo visto en la Parte I, de que es posible trazar en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos una distinción entre derechos derogables y derechos no-derogables, lo que echaría por tierra la primera perspectiva que concibe los estándares sobre derechos humanos de manera universal; sino que también, porque es adecuada a la hora de analizar la DMA, ya que ella, como vimos, es un mecanismo judicial que busca justamente gestionar la diversidad contextual (cultural, social, valorativa) a través del control del Tribunal de la aplicación de las cláusulas de derogación y de limitación de derechos.⁴¹⁶ Visto de esta manera, la universalidad de los derechos es una cuestión

⁴¹⁵ Creo que esto quedó bastante claro en la Parte I.

⁴¹⁶ Como vimos en la Parte I, la idea de estándares comunes tiene que ver con el contenido de los derechos, específicamente con la extensión de su protección, esto es, con la obligación de los Estados de proteger estos derechos. En este sentido, los estándares tienen que ver con los deberes; por lo tanto, reconocer una relativa universalidad de los derechos humanos, quiere decir, en este sentido, que las obligaciones, los deberes de los Estados, son distintos para los mismos derechos, atendido su contexto.

de grados: “los derechos humanos pueden ser universales en mayor o menor grado, en lugar de ser universales o no” (BREMS, 2001: 15).

Abrazar la perspectiva gradual sobre la universalidad, rechazando la que los concibe como un concepto normativo absoluto, pasa por reconocer que no es posible construir un contexto general donde se neutralice máximamente dicha diversidad inherente, dicha deriva social y jurídica, dicho pluralismo dentro de las sociedades y entre los pueblos.

No obstante, se puede argumentar que, al menos, es posible construir un contexto donde sea posible neutralizarla mínimamente, es decir, excluir la posibilidad de que se derogen, restrinjan o limiten algunos derechos y libertades considerados absolutos, incluso en el caso de circunstancias excepcionales o emergencias que sufra un Estado y que amenacen su propia subsistencia. Esto es justamente lo que buscaría, por ejemplo, el artículo 15(2) del Convenio en su relación con los derechos y libertades que declara como no-derogables.

Es, en el antedicho sentido, que la no-derogabilidad de ciertos derechos se vincula conceptualmente con la noción de universalidad: podemos disentir en el catálogo de derechos y libertades humanos y en su interpretación (en su objeto, contenido y extensión de su protección); pero estamos de acuerdo en que existe un mínimo común de derechos y libertades que los Estados no pueden derogar, restringir o limitar, aunque acaezcan las circunstancias más excepcionales o las emergencias más graves.⁴¹⁷ Esta perspectiva minimalista sobre los derechos humanos se asocia

⁴¹⁷ El Tribunal ha señalado, sin embargo, que incluso las obligaciones que nacen de violaciones a derechos humanos que son parte del *ius cogens*, no constituyen *per se* un límite a la inmunidad soberana de los Estados. Como vimos, otro tanto ha ocurrido en la Corte Internacional de Justicia con el caso *Jurisdictional Immunities of the State*, que cualificó el criterio adoptado en el caso *Barcelona Traction*. El lugar donde el Tribunal estableció esta cuestión, fue el caso *Al-Adsani*, donde señaló: “Es cierto que, en conjunto, los artículos 1 y 3 imponen a las Altas Partes Contratantes una serie de obligaciones positivas destinadas a prevenir y reparar la tortura y otros malos tratos [...] Sin embargo, en cada uno de los casos [conocidos por el Tribunal] la obligación del Estado se aplica únicamente en relación con los malos tratos presuntamente cometidos dentro de su jurisdicción”. Por ello, el Tribunal termina concluyendo que “Si bien el Tribunal acepta, sobre la base de estas autoridades, que la prohibición de la tortura ha alcanzado el carácter de norma imperativa de derecho internacional, observa que en el presente caso no se trata, como en *Furundzija* y *Pinochet*, de la responsabilidad penal de un individuo por presuntos actos de tortura, sino de la inmunidad de un Estado en una demanda civil por daños y perjuicios por actos de tortura ocurrido en el territorio de ese Estado. No obstante, el carácter especial de la prohibición de la tortura en el derecho internacional, el Tribunal es incapaz de discernir en los instrumentos internacionales, las autoridades judiciales u otros materiales, ninguna base firme para concluir que, como cuestión de derecho internacional, un Estado ya no goza de inmunidad de acción civil ante los tribunales de otro Estado donde se alegan actos de tortura. En particular, el Tribunal observa que ninguno de los instrumentos internacionales primarios mencionados (artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 2 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas), se relacionan con los procedimientos civiles o la inmunidad de los Estados”. *Caso Al-Adsani v. United Kingdom*, aplicación No. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, §38 y §61. Sin embargo, se ha sostenido que en realidad el Tribunal no estableció aquí que las normas imperativas de derecho internacional (o *ius cogens*)

con una tesis liberal de los derechos y, como vimos, el pluralismo valorativo podría justificarla satisfactoriamente.

De allí que el problema de la vinculación de carácter absoluto de los derechos con su universalidad, sea un problema filosófico antes que jurídico, porque demanda una justificación robusta, que supere el mero convencionalismo jurídico, que sí alcanza para justificar el concepto trivial de universalidad: finalmente, que existen derechos humanos universales porque así lo convinieron y declararon los Estados en instrumentos internacionales llamados así.⁴¹⁸

Por ello, desde un punto de vista filosófico, es problemática la idea de calificar a ciertos derechos como universales en su relación con su carácter absoluto. El enfoque tradicional consiste en vincular los derechos humanos con la naturaleza humana: los derechos humanos expresarían dicha naturaleza común de los seres humanos. Este enfoque, vinculaba la noción de derechos humanos con la de derechos naturales en el sentido de Locke, es decir, derechos que tenemos por el solo hecho de ser personas, esto es, de nuestra común humanidad (véase DONNELLY, 1982; WELLMAN, 2010).

Sin embargo, como hemos visto, esta concepción normativa absoluta de la universalidad de los derechos humanos, entra en tensión con el intento de acomodar la diversidad inherente en el mundo, que es lo que busca la concepción relativa de la universalidad: “Si los derechos están basados en la naturaleza humana, en el simple hecho de que uno es un ser humano, y si la naturaleza humana es universal, entonces, ¿cómo los derechos humanos pueden ser relativos de forma fundamental?” (DONNELLY, 1984: 403).⁴¹⁹

no sean una excepción a la inmunidad de los Estados, ya que “la afirmación con respecto a las excepciones de derechos humanos a la inmunidad del Estado no era necesaria para decidir el caso, era *obiter dictum*” (KADELBACH, 2006: 24).

⁴¹⁸ Sin embargo, la universalidad de los derechos humanos es también un problema jurídico vinculado con la idea de las obligaciones para los Estados que nacen de ello. En este sentido se ha dicho que: “En el desarrollo del derecho de los derechos humanos y su aplicación a través de organismos nacionales e internacionales, el concepto de universalismo ha sido más bien unilateral: se refiere al disfrute de los derechos humanos, pero no a las obligaciones de derechos humanos. Si bien todos los individuos en todas partes se consideran que tienen los mismos derechos basados en el derecho internacional, los titulares de las obligaciones (normalmente los Estados) no tienen las mismas obligaciones con respecto a los individuos en todas partes” (SKOGLY, 2010: 71).

⁴¹⁹ Este debate ha sido continuado, para una visión sinóptica véase DONNELLY, 2008 y 2013 y GOODHART, 2003 y 2008. En el contexto europeo, donde aparentemente se podría afirmar la existencia de una cultura pública de respeto a los derechos humanos, basada en la historia y destino común, ciertamente es problemática. Y lo es, porque la idea de que exista una cultura europea común es discutible, en atención a las minorías culturales que coexisten en Europa, cuya existencia ha sido muchas veces ignorada o menospreciada. Este ha sido el ataque del multiculturalismo a la noción tradicional de los derechos humanos, el que ha venido de la mano de la incapacidad que tiene dicha noción tradicional de incluir debidamente a esas minorías que coexisten con una cultura dominante. En este sentido se ha dicho

El pluralismo valorativo no sería, entonces, compatible con esta concepción robusta de la universalidad, sino que solo con la concepción relativa de ella.

Este problema ha sido denominado también el de la etnocentricidad de los derechos humanos y guarda relación con el fundamento de la universalidad de los derechos; el que releva la tensión existente entre las dos grandes concepciones sobre los derechos humanos, a saber, la que los concibe primeramente como derechos morales y la que los concibe de forma preeminente como derechos legales.⁴²⁰ Esta tensión ha tratado de ser resuelta de varias maneras. Así, se ha tratado de explicitar la vinculación entre derechos morales y derechos humanos universales de la siguiente manera:

La lista de derechos humanos honrados por los regímenes jerárquicos, tanto liberales como decentes, debe entenderse como derechos universales en el siguiente sentido: son intrínsecos al Derecho de los Pueblos [*Law of Peoples*] y tienen un efecto político (moral) independientemente de que sean apoyados localmente. Es decir, su fuerza política (moral) se extiende a todas las sociedades y son vinculantes para todos los pueblos y sociedades, incluidos los Estados proscritos [*outlaw*]. Un Estado proscrito que viole estos derechos es condenado y, en casos graves, puede ser sometido a fuertes sanciones e incluso a una intervención (RAWLS, 1999b: 80-81).⁴²¹

Como analicé en la Parte I, existe una vinculación entre el carácter absoluto de los derechos humanos con su no-derogabilidad y su universalidad. Esta vinculación que se buscó relevar, muestra las tensiones teórico-prácticas que ocurren en la práctica jurídico-política de los derechos humanos. Pero dichas tensiones también tienen que ver con una cuestión filosófica, que está más allá de la dogmática y de la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Dicha cuestión consiste en la manera en que conciben los derechos humanos: si estos son derechos legales y/o derechos morales.

El sustento de esta distinción, entre derechos morales y legales, está en el debilitamiento teórico, que Feinberg puso de mi manifiesto, de la que doctrina de la correlación lógica entre derechos y

que “cada vez es más claro que los derechos de las minorías no pueden subsumirse en la categoría de los derechos humanos. Los estándares tradicionales de derechos humanos simplemente no pueden resolver algunas de las cuestiones más importantes y controvertidas relativas a las minorías culturales: ¿qué idiomas se deberían reconocer en los parlamentos, en la administración o en los tribunales?; ¿Debería cada grupo étnico o nacional recibir financiamiento público para la educación en su lengua materna? [etc.]” (KYMLICKA, 1995: 4).

⁴²⁰ Como veremos, se ha culpado de causar esta tensión a los propios partidarios de la concepción de los derechos humanos como derechos morales.

⁴²¹ Antes, Rawls sostiene su concepción de los derechos humanos como “una clase especial de derechos urgentes” (RAWLS, 1999b: 79), a fin de enfatizar la necesidad de los derechos humanos para el Derecho de Gentes que Rawls busca construir, lo que a su vez responde a la crítica que concibe a los derechos humanos como “aproximadamente los mismos derechos que los ciudadanos en un régimen democrático constitucional razonable” tienen (RAWLS, 1999b:78). Para una crítica sobre esta posición minimalista sobre los derechos humanos en su teoría del Derecho de Gentes, véase LOEWE, 2009.

deberes.⁴²² Dicho debilitamiento, se sostiene mostrando que existe un uso alternativo al de deber como algo que se debe (*due*), esto es, deber como algo que se exige (*required*), entonces es posible concebir a los derechos de forma independiente de cualquiera regla jurídica o institucional. Por esta razón, concluye Feinberg que:

Tener un derecho es tener una pretensión o demanda [*claim*] contra alguien, cuyo reconocimiento como pretensión válida es requerida por algún conjunto de reglas de gobierno [*governing rules*] o principios morales. Tener una pretensión [*claim*] a su vez, es tener un caso merecedor de consideración, es decir, tener razones o motivos que lo pongan a uno en posición de comprometerse en pretensiones performativas y proposicionales” (FEINBERG, 1970: 257).

Antes, Feinberg había distinguido entre derechos como pretensiones y derechos como meras libertades, señalando que un derecho como pretensión o demanda “es, entonces, una libertad correlacionada con el deber de otra persona” (FEINBERG, 1970: 249; 1978: 95); sin embargo, si “tener un derecho, entonces, es tener una pretensión o demanda contra otros”, entonces “las pretensiones o demandas pueden ser distinguidas en términos de sus destinatarios”. En este sentido, los derechos, en el sentido de pretensiones o demandas, pueden dirigirse contra el mundo en general (*erga omnes*) “o contra todos los individuos o grupos que alguna vez podría estar en esa posición”; o bien, quien posee la pretensión o demanda “podría dirigirla contra el Estado para su imposición”. Así que, los derechos morales serían “pretensiones o demandas que se basan en razones derivadas de principios morales, son vinculantes para las las conciencias de otras personas y constituyen el fundamento de sus deberes [...]” (FEINBERG, 1978: 96).⁴²³

Para Feinberg, la diferencia entre los derechos y las meras pretensiones o demandas es que los derechos se tienen o no (todo o nada), en cambio las meras pretensiones o demandas pueden ser

⁴²² Ya discutimos esto en la Parte I, a propósito de la distinción entre derechos absolutos y relativos. Allí vimos que Bentham afirmaba “la ley no puede conceder un beneficio a uno sin imponer, al mismo tiempo, una carga sobre otro. O, en otras palabras, no es posible crear un derecho en favor de uno, sino creando una obligación correspondiente impuesta a otro” (BENTHAM, 1987: 93). Ver también BENTHAM, 1970: 249 n. b; 2010: 239 n. a y BENTHAM, 1931. Frente a esta idea, Feinber señaló que “Esto parece ser una consecuencia del hecho de que la palabra ‘deber’ ha llegado a ser usada para cualquier acción que se entienda que sea requerida, ya sea por los derechos de otros, o por la ley, o por una autoridad superior, o por la conciencia, o por cualquiera. Cuando la noción de exigencia está bien enfocada, es probable que parezca el único elemento en la idea de deber que es esencial, y la otra noción que la compone —que un deber es algo que se debe a otra persona— cae” (FEINBERG, 1970: 244).

⁴²³ De cualquier manera, el adjetivo moral usado aquí “parece estar haciendo, en este contexto, buena parte de lo que la palabra ‘natural’ solía hacer. Describir los derechos como naturales implica que ellos no son convencionales o artificiales en el sentido en que los derechos legales lo son, y lo mismo se implica aquí describiendo los derechos humanos como derechos morales. [De esta manera] parece que hoy en día los filósofos y otras personas usan el lenguaje de los derechos humanos y de los derechos naturales de forma más o menos intercambiable. Y estas nociones tienen mucho en común, por ejemplo, el terreno marcado por el sentido de ‘moral’ que estamos considerando aquí” (MARTIN, 1993: 74).

graduales, ya que “alguien puede ‘tener una pretensión o demanda’ que no sea válida” (FEINBERG, 1970: 252 n.7).

La fuerza normativa que tienen los derechos morales, a diferencia de los derechos legales, surge de una obligación moral que, en principio, vale para todos los seres humanos, y no solo en una obligación jurídica que un Estado asume de respetar ciertos derechos. Esta es la idea básica detrás de la distinción entre derechos humanos como derechos morales y como derechos legales.⁴²⁴

Hay tres teorías principales para conceptualizar los derechos morales:⁴²⁵ La *teoría de la voluntad*, “que escoge al portador del derecho en virtud del poder que tiene sobre el deber en cuestión, de forma tal que su elección sea suficiente para descargar al otro del deber requerido” (BESSON, 2005: 422). La *teoría de los intereses*, para la cual “una persona tiene derecho si un aspecto de su bienestar (su interés) es una razón suficiente para que otra persona (o personas) esté bajo un deber” (BESSON, 2005: 422). Finalmente, se encuentra la *teoría del estatus*, según esta teoría “los derechos expresan el reconocimiento del estatus de una persona como un ser que tiene un nivel elevado, aunque no absoluto, de inviolabilidad” (BESSON, 2005: 422).

Dicho esto, volvamos al problema del etnocentrismo de los derechos humanos. Para los derechos humanos como una clase de derechos morales, el problema del etnocentrismo se entiende de la siguiente manera:

¿Cuál es exactamente el problema del etnocentrismo? Quizás este. Los derechos humanos son, o están ampliamente considerados, universalmente aplicables. Sin embargo, si la única justificación disponible para ellos es en términos occidentales, entonces no son universalmente autoritativos. Si este fuera el problema, entonces se superaría estableciendo una justificación objetiva de los derechos humanos con autoridad respecto de todos los seres racionales. Una justificación objetiva de este tipo sería suficiente, pero tal vez no necesaria. Ciertas formas de justificación intersubjetiva, también podría hacerlo (GRIFFIN, 2008: 137).⁴²⁶

Esta forma de entender dicho problema ha sido discutida desde varias perspectivas, principalmente desde la filosofía política. Así, se han cuestionado los cimientos filosóficos de la idea de derechos humanos entendidos de esta manera, los que se encontrarían en la idea de

⁴²⁴ Para un análisis de estas cuestiones, véase BESSON, 2014 y BREMS and GERARDS, 2013.

⁴²⁵ Aquí sigo a Besson, aunque la distinción se remonta a la disputa decimonónica entre Windscheid y Von Ihering. Para una reconstrucción de la disputa en el contexto histórico y sus influencias en el resto de Europa, véase LLOREDO ALIX, 2012 y 2014. Algunas de las contribuciones más destacadas sobre esta distinción en HART, 1955; MACCORMICK, 1977; RAZ, 1984.

⁴²⁶ Estas ideas están reiteradas en GRIFFIN, 2015: 561.

derechos naturales en Locke, siendo criticada justamente la conexión lockeana de los derechos con el esencialismo y universalismo de los derechos humanos.⁴²⁷

Por otra parte, hay quienes han renunciado y critican cualquier intento de encontrar un fundamento de la universalidad de los derechos humanos en la naturaleza humana, como lo ha hecho Raz, quien ha sostenido que: “Una de las consecuencias inmediatas de la concepción política es que los derechos humanos no necesitan ser universales o fundados. Los derechos individuales son derechos humanos si ellos inhabilitan un cierto argumento contra la interferencia externa en los asuntos del Estado” (RAZ, 2010: 332).

Finalmente, nos encontramos con los enfoques prácticos, que buscan construir un concepto de derechos humanos integrando todos los elementos que surgen desde su práctica, en su dimensión política, pero sin renunciar a su dimensión discursiva-conceptual, que los considera como universales:

Quiero explorar un enfoque diferente, que podríamos describir como práctico, que pretende explotar la observación de que la empresa de derechos humanos es una práctica global, la práctica es tanto discursiva como política [...] El enfoque que exploraré trata de entender el concepto de un derecho humano mediante la comprensión del papel que este concepto juega dentro de la práctica. Las reivindicaciones de derechos humanos se supone que son la razón para varios tipos de acción política que están abiertas a una gama de agentes. Entendemos el concepto de un derecho humano al preguntar qué tipos de acciones, en qué tipo de circunstancias, las reivindicaciones de derechos humanos pueden ser entendidas como dadoras de razones (BEITZ, 2009: 8-9).⁴²⁸

En cualquier caso, se han utilizado tres estrategias para hacer frente a esta problemática respecto de la gradualidad de la universalidad. La primera, ha sido reducir el número de derechos humanos, hasta el punto de considerar solo aquellos que fueren suficientes para explicar los aspectos centrales de lo que constituye una vida humana reconocible por nuestra experiencia. Los demás derechos serían parte de la diversidad contextual.

⁴²⁷ Se ha enfatizado que la idea de derechos naturales en Locke, que ayuda a cimentar la idea de derechos humanos como derechos morales, no habría surgido como consecuencia de las potenciales amenazas que el mercado capitalista significaría para las personas, las que Locke habría detectado (véase GOODHART, 2003: 936).

⁴²⁸ Sin embargo, se han destacado las limitaciones de este enfoque práctico: “Pero si se sostiene el punto de vista alternativo —que los derechos humanos son en sí mismos prácticas de algún tipo (formas de actuar o de trato), prácticas que incluyen específicamente cosas como el reconocimiento social y el mantenimiento de dichas formas—, podemos recuperar una concepción unificada de los derechos [...] El único problema es que la concepción de las prácticas puede proporcionar un explicación inferior o incluso inaceptable de los derechos humanos, como se entienden normalmente” (MARTIN, 1993: 73).

Esta estrategia, que se entronca con parte de la tradición del derecho natural, fue revitalizada en el debate contemporáneo por Kelsen⁴²⁹ y luego por Hart, quien trata de mostrar que al menos existe un derecho natural: “el derecho natural de todos los seres humanos a ser libres”. Este es el denominado argumento presuposicional, el que está diseñado para resolver el fundamento y la universalidad de los derechos morales: “(1) Este derecho es uno que todos los seres humanos tienen si son capaces de elegir, es decir, lo tienen qua seres humanos y no solo si ellos son miembros de alguna sociedad o están en alguna relación especial entre sí (2) Este derecho no es creado o conferido por la acción voluntaria de los hombres, mientras que otros derechos morales sí lo son” (HART, 1955: 174-175).

El presupuesto de esta estrategia estaría en poder identificar los derechos humanos que protejan aquellos elementos que permitan, con suficiencia, explicar la agencia humana, que sería la forma más abstracta y neutral posible de hablar sobre lo que los seres humanos son en todas partes: agentes racionales libres e iguales que buscan su autorealización. De esta manera, los derechos humanos garantizarían la agencia humana, lo que sería una forma secular de justificar los derechos humanos. Ciertamente, esta ha sido la estrategia de Gewirth (véase GEWIRTH, 1982), quien acuñó el concepto de consistencia genérica para relevar este principio moral que permite fundamentar y justificar la idea de unos derechos humanos universales.⁴³⁰ Otro que ha seguido esta estrategia ha sido Griffin, quien ha defendido que:

Valoramos de forma especialmente alta nuestro estatus como seres humanos, a menudo más altamente que incluso nuestra felicidad. Este estatus se centra en nuestra condición de ser agentes —deliberar, evaluar, elegir y actuar para hacer lo que vemos como una buena vida para nosotros mismos. Los derechos humanos pueden, entonces, ser vistos

⁴²⁹ “La objeción irrefutable de que la doctrina del derecho natural no ha sido capaz hasta ahora de formular normas generales válidas siempre y en todas partes y en todas las circunstancias, esto es, establecer un derecho natural invariable, ha conducido a la teoría del ‘Derecho natural variable’. Un derecho natural variable es un derecho natural que puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes, según las circunstancias” (KELSEN, 2008: 196).

⁴³⁰ Esta idea, de un fundamento propiamente secular de los derechos humanos, buscaba responder a la crítica destemplada que realizó sobre ellos MacIntyre en *Tras la virtud*, quien famosamente negó su existencia basado en su falta de sustento histórico y al fracaso del proyecto ilustrado y de sus continuadores, el utilitarismo y la filosofía anárquica, de dar un fundamento a la moral: “La mejor razón para afirmar de un modo tan tajante que no existen tales derechos, es precisamente del mismo tipo que la mejor que tenemos para afirmar que no hay brujas, o la mejor razón que poseemos para afirmar que no hay unicornios: el fracaso de todos los intentos de dar buenas razones para creer que tales derechos existan” (MACINTYRE, 2004: 98).

Es contra esta idea, que debemos entender el intento de buscar un principio secular moral supremo que permita sustentar la idea de derechos humanos, que sería el problema que Hart ayudó a relevar. Asimismo, en este mismo sentido se debe interpretar el principio de consistencia genérica de Gewirth. Se ha dicho sobre este principio: “Un rasgo observable sobre el cual podemos sustentar el principio moral supremo es la habilidad, distintivamente humana, de planificar y ejecutar una acción. Sobre cimiento él encuentra el fundamento de su teoría de derechos humanos, el cual es completamente secular y puede ser críticamente asentada” (KOHEN, 2005: 55).

como protecciones de nuestra posición humana o, como diré yo, de nuestra personalidad. Y uno puede descomponer la noción de personalidad en componentes más claros al descomponer la noción de agencia” (GRIFFIN, 2008:32-33).⁴³¹

La segunda estrategia, ha consistido en renunciar a la idea de cualquier fundamento de los derechos humanos, exaltando la dimensión de los derechos humanos como práctica jurídico-política.⁴³² Esta ha sido la postura que concibe políticamente a los derechos humanos, rescatando una parte de la idea tradicional que los derechos deben ser tratados como derechos contra los Estados: que los derechos humanos se distinguen por ser “derechos cuya violación es una razón para la acción contra los Estados en la arena internacional” (RAZ, 2010: 329). Esta concepción política lleva a afirmar que “los derechos humanos no necesitan ser universales o fundados. Los derechos individuales son derechos humanos si ellos deshabilitan un cierto argumento contra la interferencia externa de los asuntos de un Estado” (RAZ, 2010: 332).

La ventaja de esta visión de los derechos humanos, es que permite conciliar las dificultades teóricas a la hora de conceptualizar los derechos humanos como universales con la práctica

⁴³¹ Griffin descompone en tres elementos la noción de agencia: autonomía, provisión mínima y libertad. En un sentido, la postura de Griffin es más sofisticada que la de Gewirth, ya que su idea de los derechos como protecciones a nuestro estatus como seres humanos, en otras palabras, nuestro carácter como agentes, se enfoca en los presupuestos de nuestro razonamiento práctico, cuya clarificación no se compromete necesariamente con ninguna cuestión moral, como sería la búsqueda de un principio moral que permita fundar (v.gr. argumento presuposicional o principio de consistencia genérica), ya que, en este sentido, los presupuestos de nuestro estatus como agentes morales es previo a cualquier moralidad determinada. Esta estrategia ha sido criticada, en el sentido de que busca “fundamentar todos los derechos humanos en rasgos que todos los seres humanos deben compartir”, lo que supone no solo “el hecho de que la gente valora su condición de persona, sino que dicha condición es valiosa” (RAZ, 2010: 324-325).

Con ello Griffin trataba de evitar el problema que aqueja a la posición de Gewirth, la que “malentende la relación entre valor y derechos”, ya que “ignora la posibilidad de creer que ciertas condiciones son esenciales para nuestra vida, e incluso en esforzarse por asegurar tales condiciones, sin afirmar o tener un derecho a ellas” (RAZ, 2010: 324). Sin embargo, Griffin no “mostraría que dicho valor [condición de persona o personalidad] establece derechos”, ya que es incapaz de elucidar qué pasa con las personas a quienes sistemáticamente se les ha negado sus derechos humanos; por lo que terminaría “contrabandeando un ideal particular de vida buena en su noción de ser persona en un máximo grado” (RAZ, 2010: 325).

⁴³² Esto nos lleva a una pregunta de segundo orden, sobre qué cuenta como una teoría de los derechos humanos. Raz identifica dos tareas centrales: “a) establecer las características esenciales que la práctica contemporánea de los derechos humanos atribuye a los derechos que reconoce como derechos humanos; (b) identificar los estándares morales que califican cualquier cosa para ser así reconocidos” (RAZ, 2010: 327). En otras palabras, la propuesta raziana presupone que una teoría de los derechos humanos debe ofrecer una explicación en términos de una elucidación de la práctica concreta de los derechos humanos la que consiste básicamente en la identificación del criterio que permite calificar a un conjunto de derechos como humanos; y una justificación de por qué se usa tal o cual criterio para realizar dicha calificación. Sin embargo, esta postura, sin bien busca incorporar la práctica de los derechos humanos en su definición, presupone que semejante teoría debe resolver, encajando en ella, la noción de derechos morales. Esta es la llamada visión refleja [*mirroring view*], frente a la pregunta ¿Cuál es la relación entre los derechos humanos morales y los derechos humanos internacionales legales?: “la justificación estándar o típica de un derecho humano jurídico internacional debe apelar a un derecho humano moral antedicho existente (al tiempo que permite la posibilidad de que algunos derechos humanos legales internacionales justificados sean especificaciones de derechos morales más abstractos o instrumentos valiosos para la realización de los derechos humanos” (BUCHANAN, 2013: 51).

jurídica que se despliega en el derecho internacional de los derechos humanos. Como vimos, el problema de fondo que subyace, y que por mucho tiempo dominó el debate, era si los derechos humanos son solo derechos legales o si también son derechos morales, o viceversa.

Esta perspectiva, por el contrario, permite comprender los “derechos humanos tal como los encontramos en la política mundial contemporánea, a saber, que constituyen un proyecto político público con sus propios propósitos distintivos, formas de acción y cultura” (BEITZ, 2009: 14).

A mayor abundamiento, por ejemplo, permite conciliar los fines de protección de los derechos humanos a nivel internacional con el respeto del sustento mismo de dicho sistema, a saber, la soberanía nacional.⁴³³ Hemos visto cómo este es un asunto central también a la hora de tratar de elucidar el margen de apreciación. Pero su desventaja es que es demasiado general, ya que, a pesar de estar supuestamente fundada en la práctica del derecho internacional, no muestra de qué manera, incluso en la deshabilitación de un argumento contra la interferencia externa de los asuntos de un Estado (la soberanía o inmunidad soberana del Estado), no existe consenso internacional y, más aún, grados variables en que esto puede ocurrir.

Como vimos, una cosa es calificar a un derecho como absoluto, en el sentido de estar establecido en términos de *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional, lo que provoca según la práctica un cierto efecto jurídico aplicado mayormente a los tratados (anulabilidad, prohibición de reservas e incluso, más discutiblemente, no-derogabilidad de ciertas normas); y otra muy distinta son las obligaciones que tienen los Estados *vis-à-vis* a la comunidad internacional, las que imponen deberes especiales al Estado infractor.

Considerando el éxito que Raz se atribuye al “enfocarse en el uso del término [derechos humanos] en la práctica jurídica, política y de defensa, afirmé que o bien se basa en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos como limitación de la soberanía del Estado, o afirmo que deberían ser reconocidos en este sentido” (RAZ, 2010: 337); su propuesta, en realidad, es parcial a la hora de reconstruir la práctica y, por tanto, falla a la hora de capturarla adecuadamente. Y lo es, porque sus críticas están construidas contra la estrategia que concibe la universalidad de los

⁴³³ De esta manera: “La idea central de los derechos humanos internacionales es que los Estados son responsables de satisfacer ciertas condiciones en su trato a su propia gente y que los fracasos o las posibles fallas en hacerlo pueden justificar alguna forma de acción correctiva o preventiva de la comunidad mundial o por aquellos que actúan como sus agentes” (BEITZ, 2009: 14)

derechos humanos en términos de un mínimo para el estatus de ser humano, agencia o personalidad; y, por tanto, dependiente de dicha visión.⁴³⁴

En su reconstrucción de la práctica, Raz presupone que existe solo una noción de universalidad (una tradición), la que está teñida de una visión particular de la vida buena, y que dicha noción tensiona la soberanía de los Estados, pero sin poder despegar una justificación adecuada a dicha tensión, que sea capaz de explicar el papel de los derechos humanos a la hora de hacer retroceder el principio de no-intervención o inmunidad estatal.

En este sentido, por ejemplo, la idea de que existan diversas maneras de calificar derechos atendiendo o no a las circunstancias de cada Estado, es decir la medida de cuánta diversidad contextual se permite a la hora de determinar la extensión de la protección de los derechos humanos (lo que se sustenta en la práctica de reconocer derechos humanos derogables y no-derogables); queda completamente ausente del análisis de Raz. Su respuesta a este asunto es simplemente sostener un enfoque deflacionario sobre los derechos humanos: “que un derecho sea un derecho humano no implica que sea básico o muy importante” (RAZ, 2010 337); el que trata de compensar, a fin de caer en el relativismo moral, con la afirmación de que “la concepción política de los derechos humanos puede y debe aceptar la universalidad de la moralidad. Su esencia como concepción política es que considera a los derechos humanos como derechos que deben ser reconocidos institucionalmente, derechos que trascienden la moral privada” (RAZ, 2010: 335).⁴³⁵

Pero la de Raz no es la única concepción política para concebir a los derechos humanos. Hay una estrategia que enfatiza la diversidad y, por tanto, busca matizar la idea de universalidad, aceptando la incorporación de ciertas particularidades de las sociedades humanas a la hora instanciar dichos derechos universales. Así, se ha sostenido que:

Si concebimos a este proceso como significando una variación cultural en torno a un núcleo inalterable ‘natural’ o como una variación en gran parte cultural dentro de un rango fisiológicamente fijo, hay un aspecto social innegable de la naturaleza humana, al menos en la medida en que dicha naturaleza se expresa. La naturaleza humana, a nivel del individuo, del grupo y de las especies por igual, es un abanico de posibilidades, que varía,

⁴³⁴ Esto queda relevado cuando sostiene que “Su crítica se dirige a que esa tradición [derechos humanos como mínimo para estatus de ser humano, agencia o personalidad] falla ante todo en establecer por qué todos y solo tales derechos deberían ser reconocidos como el marco de límites a la soberanía, que es el rasgo característico de los derechos humanos en la práctica de los derechos humanos” (RAZ, 2010: 334).

⁴³⁵ A esto me referí en la sección anterior con la idea de que el *ius cogens* busca crear un contexto general donde se neutralice mínimamente la diversidad inherente en las relaciones entre los Estados y dentro de ellas. Creo que Raz se refiere a esto con la idea de trascender la moralidad privada, aunque al menos aquí no deja suficientemente claro si de ello se sigue el establecimiento de una moralidad pública internacional, construida a través de las instituciones, y que que sustente el orden internacional.

en parte, en respuesta a la cultura, dentro de unos límites psicobiológicos aparentemente fijos; es tanto un proyecto, un descubrimiento individual y social, como un hecho (DONNELLY, 1984: 403).

Lo anterior es lo que se ha llamado la relativa universalidad de los derechos humanos.⁴³⁶ Esta tesis busca reconciliar la universalidad y la particularidad de los derechos humanos, reinterpretando el concepto de universalidad.⁴³⁷ Todo ello en el marco de la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, identifica diversos conceptos de universalidad que es conveniente precisar.

Así, existen tres formas en que los derechos humanos son universales: 1) La universalidad jurídica internacional, “Prácticamente todos los Estados consideran que los derechos humanos internacionalmente reconocidos son una parte firmemente establecida del derecho y la política internacionales”; 2) La universalidad por consenso traslapado, “Prácticamente todas las culturas, regiones y principales cosmovisiones participan en un consenso traslapado sobre estos derechos humanos reconocidos”; 3) La universalidad funcional, “este consenso se basa en la universalidad contemporánea de amenazas estándar a la dignidad humana planteadas por los mercados modernos y los Estados modernos” (DONNELLY, 2013: 94). Sin embargo, rechaza la tesis de una universalidad antropológica u ontológica, “que es empírica, filosófica y políticamente indefendible” (DONNELLY, 2007: 281).⁴³⁸

⁴³⁶ Donnelly distingue entre la universalidad conceptual y la substantiva. La primera es “en efecto otra manera de decir que los derechos humanos son, por definición, iguales e inalienables. La universalidad conceptual, sin embargo, establece solamente que, si hay tales derechos, éstos son detentados igual/universalmente por todos. No demuestra que existan tales derechos [...] Y la universalidad conceptual no dice nada acerca de la pregunta central en la discusión contemporánea sobre la universalidad, a saber, si los derechos reconocidos en la Declaración Universal y en los convenios internacionales de derechos humanos son universales. Esta es una pregunta substantiva” (DONNELLY, 2007: 283). Brems habla de una universalidad inclusiva (véase BREMS, 2001: 295 y ss.).

⁴³⁷ Pero no solo el de universalidad, sino al mismo tiempo en de relatividad, o particularidad, de los derechos humanos, para lo cual se han reconocido varios sentidos de particularidad o relatividad: “Relatividad ontológica. Los derechos humanos no son parte de la fábrica natural de la realidad: ellos no se aplican en todas las partes y en todos los tiempos; Relatividad histórica o antropológica. Los derechos humanos son respuestas históricamente contingentes a las amenazas estándar que suponen los mercados y los Estados modernos [...]; Relatividad fundacional. Los derechos humanos tienen un número considerable de fundamentos muy diferentes [...]; Relatividad de disfrute. Los derechos humanos, aunque se detentan universalmente, se aplican a nivel nacional, haciendo que su disfrute sea relativo a donde uno tiene la buena o la mala fortuna de haber nacido o haber vivido; Relatividad en la especificación. Una lista de derechos humanos refleja un proceso de aprendizaje social con respecto a las amenazas estándar a la dignidad humana históricamente particulares y contingentes” (DONNELLY, 2013: 99).

⁴³⁸ Y lo es porque dichas reivindicaciones de universalidad histórica o antropológica “confunden valores como la justicia, la justicia y la humanidad, con prácticas que apuntan a realizar esos valores” (DONNELLY, 2007: 284). Si bien, “muchos argumentos de universalidad antropológica se inspiran en un admirable deseo de mostrar sensibilidad y respeto cultural. De hecho, no hacen tal cosa. Más bien, malinterpretan y malrepresentan los fundamentos y el funcionamiento de las sociedades en cuestión, imponiendo anacrónicamente un marco analítico extraño” (DONNELLY, 2007: 286).

Esta estrategia consiste en compatibilizar un universalismo fuerte con un relativismo débil: sitúa a la universalidad en el marco del relativismo cultural.⁴³⁹ Busca conjugar la reflexión abstracta o conceptual que implican los derechos humanos, con su aplicación concreta: un proceso de especificación de los derechos humanos universales en las diversas sociedad o culturas donde se aplican.

Dicho proceso de especificación posee diversos pasos, siendo algunos de ellos dependientes de la universalidad de los derechos humanos, y otros, en cambio, de su particularidad o relatividad. Esta es la razón por la que conviene distinguir dichas formas en que los derechos humanos son universales, porque esto es lo que permite asignarlas a los diversos pasos de este proceso de especificación. De esta manera, “los derechos humanos, entendidos adecuadamente, dejan un considerable espacio para las particularidades nacionales, regionales y culturales y otras formas de diversidad y relatividad” (DONNELLY, 2007: 281).

Por ello, la especificación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, supone reconocer tres niveles de abstracción en dicha especificación: El nivel de los conceptos básicos, “que son en gran medida universales”; el nivel de las concepciones particulares o interpretaciones de esos conceptos, “las que tienen un significativo pero limitado rango de variaciones legítimas”; y finalmente, el nivel de las implementaciones particulares, que “son legítimamente asuntos de considerable variación local” (DONNELLY, 2013: 100).^{440 441}

⁴³⁹ Véase DONNELLY, 2007: 292 y GOODHART, 2008:185.

⁴⁴⁰ A nivel de conceptos básicos, los derechos humanos “formulan derechos al nivel de los que llamaremos conceptos, un enunciado abstracto y general de un valor orientativo [...] A este nivel de abstracción, los derechos humanos son fundamentalmente universales” (DONNELLY, 2013: 100). Si bien existe universalidad a nivel de conceptos, esto no impide que existan “potencialmente importantes desacuerdos respecto de las definiciones y las limitaciones implícitas” (DONNELLY, 2013: 101). Por ello, a nivel de interpretaciones de esos conceptos si bien existe diversidad, por ejemplo, “los límites implícitos de los derechos también restringen su rango de universalidad [...] Si estos límites difieren amplia y sistemáticamente, las resultantes diferencias en las prácticas de los derechos humanos puede ser de hecho considerable”, dicha diversidad está acotada, ya que “no todas las ‘interpretaciones’, sin embargo, son igualmente pausibles o defendible” (DONNELLY, 2013: 102). Finalmente, “tal como los conceptos necesitan interpretarse, las intepretaciones necesitan implementarse”, por ello a nivel de implementaciones particulares, es el lugar donde se da una enorme diversidad (DONNELLY, 2013: 102-103).

⁴⁴¹ Las críticas a esta posición han sido contra los pasos que Donnelly identifica en este proceso de especificación. Así, lo que Donnelly llama universalidad conceptual “es en realidad una característica formal de algunas explicaciones sobre los derechos humanos” (GOODHART, 2008: 185). En realidad, Donnelly presentaría de manera confusa los conceptos de universalidad, contingencia y relativismo, lo que se apreciaría de mejor manera a la hora de analizar el rechazo al concepto antropológico u ontológico de universalidad: “dado su punto de vista sobre la universalidad funcional y jurídica internacional, podemos ver los derechos humanos en sus dimensiones antropológicas y ontológicas como universales, pero contingentes y relativos” (GOODHART, 2008: 188). En otras palabras, los derechos humanos serían fruto de un consenso transnacional, que es históricamente contingente, serían universales para nosotros, relativamente universales, en el sentido de ser más relativos que universales, en vez de más universales que

Hemos visto cómo este entendimiento del concepto de universalidad es más adecuado a la hora de comprender la clase de tensión que el Margen de Apreciación busca gestionar en el proceso que cada Estado en la implementación de los derechos y libertades consagrados en el Convenio. En este sentido se ha señalado que:

[S]i bien recurrir a la doctrina de los márgenes puede estar justificada en ciertos asuntos que afectan a la población en general en una sociedad determinada, la doctrina es inapropiada cuando se examinan los conflictos entre mayorías y minorías [...] Así, un margen de apreciación amplio es adecuado con respecto a las políticas que afecten a la población en general por igual, como las limitaciones a los discursos de odio (que tienen como objetivo proteger las minorías domésticas) o limitaciones legales para las acciones en el caso de daños. Por otra parte, no cabe el margen de apreciación cuando los derechos políticos de los miembros de grupos minoritarios se reducen a través, por ejemplo, de limitaciones en el discurso o en la asociación, cuando sus oportunidades educativas son restringidas por el Estado o cuando la asignación de recursos crea efectos diferenciales en la mayoría y la minoría (BENVENISTI, 1999: 847).⁴⁴²

La justificación del Margen de Apreciación, parece avenirse mejor con una teoría de los intereses modificada de los derechos humanos, ya que ella permite combinar la teoría de los intereses, la que permite fácilmente explicar el paso de los derechos morales a los derechos legales,⁴⁴³ con la del estatus, cuestión que, como vimos, es crucial en la comprensión de los derechos humanos, ya que dicho concepto es el que permite, como señalaba Waldron, comprender a la dignidad adecuadamente. De esta manera:

relativos. A fin de superar esta confusión conceptual, se proponen las siguientes clarificaciones: “En lugar de la universalidad conceptual deberíamos discutir la *inclusividad* de una teoría de los derechos humanos y la *uniformidad* de los derechos que prescribe. En vez de la universalidad funcional, podríamos enfatizar la *generalidad* de las amenazas a las que responden los derechos humanos [...]. En lugar de la universalidad jurídica internacional, deberíamos discutir la *variabilidad* del reconocimiento y la aplicación (estos pueden variar en varias dimensiones). El consenso traslapado de la universalidad se refiere realmente al grado de *conurrencia* sobre un concepto particular de derechos humanos” (GOODHART, 2008: 189).

⁴⁴² Incluso, es posible explicar buena parte del derrotero del concepto de Margen de Apreciación en el sistema europeo a través de este enfoque gradual de la universalidad: 1) “La doctrina de los márgenes respondió inicialmente a las preocupaciones de los gobiernos nacionales de que las políticas internacionales podrían poner en peligro su seguridad nacional” (BENVENISTI, 1999: 845); 2) “Esta justificación se amplió posteriormente para permitir a cada país un amplio margen de discreción para seleccionar las políticas que regularían las actividades potencialmente dañinas, tales como la incitación a la violencia o el racismo, por medio de las circunstancias únicas y las limitaciones sociales de cada Estado” (BENVENISTI, 1999: 845-846); 3) Finalmente, “la infiltración de la doctrina en áreas desprovistas de una consideración de seguridad, como la asignación y administración de los recursos nacionales, la duración de los estatutos nacionales de limitaciones al discurso debido a la moral pública, reflejaban una filosofía completamente diferente, una que está basada sobre las nociones de subsidiariedad y de democracia y que se atiene de manera significativa a los deseos de cada sociedad de mantener sus valores únicos y atender sus necesidades particulares. En términos más prácticos, la extensión de la doctrina a cuestiones no relacionadas con la seguridad ha sido explicada en base a la política judicial” (BENVENISTI, 1999: 846).

⁴⁴³ Ya que “los derechos son intermedios entre los intereses individuales y los deberes de la gente”, establecen deberes, pero “con el cambio de circunstancias ellos pueden generar nuevos deberes” (RAZ, 1984: 212-213).

De acuerdo con la teoría del interés modificada de los derechos, entonces, la mayoría de los derechos se basan en intereses, pero algunos pretenden reconocer el estatus y la inviolabilidad de una persona que están en los cimientos de sus intereses (BESSON, 2005: 423).

Dado, entonces, que la relación entre derechos y deberes es normativa o justificativa, más que simétrica, entonces se puede justificar por qué los deberes, en este caso, el de protección de ciertos derechos por parte del Estado, no es decisivo a la hora de definir un derecho. Así, se ha dicho que:

De ello se desprende que un derecho puede prever la imposición de muchos deberes y no sólo uno. Además, los derechos tienen un carácter dinámico y, como tal, los derechos específicos sucesivos pueden basarse en un derecho en función de las circunstancias. Por lo tanto, un derecho puede ser correlativo a muchos deberes diferentes a través del tiempo. (BESSON, 2005: 424).

Esto es relevante por las consecuencias teóricas que se derivan, ya que de la cualifican de los deberes que un derecho impone, no se sigue que se afecte a los derechos en su papel constitutivo del estatus de dignidad que confieren a sus titulares. Incluso, en sí misma la noción de estatus constituida por derechos puede ser conflictiva, sin que por ello se afecte el estatus que confiere a los titulares de derechos.⁴⁴⁴

Esto expresa bastante bien aquello que el Tribunal busca hacer con el Margen de Apreciación. Para la teoría de los intereses modificada, entonces, el poner el énfasis en la forma en que se reconocen los derechos, a través de la importancia moral de ciertos intereses, permite dar cabida a los conflictos entre derechos, sin que con ello se afecte el estatus que estos derechos conceden a sus titulares. Del mismo modo, que existan diferencias en la manera de implementar los deberes que dichos derechos imponen, diferencias en las implementaciones a nivel estatal, tampoco afectaría el estatus que proveen.

Estas ideas, la teoría de los intereses modificada en combinación con la relativa universalidad de los derechos humanos, permite dar cabida y justificar plenamente el Margen de Apreciación dentro de la teoría y la práctica de los derechos humanos.

Solo resta referirse a una última cuestión, a saber, si existe una alternativa al pluralismo valorativo para justificar el Margen de Apreciación. En lo sucesivo, analizaré esta cuestión.

⁴⁴⁴ En este sentido se ha dicho que: “los intereses, como parte del bienestar de la gente o como constituyentes del bien común en algunos casos, a menudo entran en conflicto entre sí y, por lo tanto, los conflictos de intereses están en el fundamento de los derechos. Esto se debe, por supuesto, al pluralismo moral o valorativo, pero también al pluralismo social y a los diferentes puntos de vista de las personas sobre lo que es parte de su bienestar o bien común. Como los conflictos morales, por lo tanto, los conflictos de derechos no son lógicamente necesarios, pero son omnipresentes” (BESSON, 2005: 425-426).

7. La propuesta interpretativista de Letsas.⁴⁴⁵

Una de las estrategias alternativas que se han intentado para justificar al Margen de Apreciación, ha consistido en tratar de separar los problemas de la DMA en dos. Por una parte, los relativos a un concepto substantivo del Margen de Apreciación, de los relativos a un concepto estructural. Así, se ha sostenido:

[A]nalizar la doctrina del Margen de Apreciación tal como figura en la jurisprudencia, de forma diferente, distinguiendo entre dos formas diferentes en que ha sido usada por el Tribunal. La primera, que llamaré el concepto substantivo de la doctrina, aborda la relación entre libertades individuales y metas colectivas. La segunda, que llamaré el concepto estructural, aborda los límites o la intensidad de la revisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerando su estatus como tribunal internacional [...] Desde mi punto de vista, mucha de la confusión y controversia que rodea el margen de apreciación se debe al fracaso del Tribunal en distinguir entre estas dos ideas en su jurisprudencia. (LETSAS, 2007: 80-81).

Estoy de acuerdo con el autor en su distinción, bajo la DMA se han cubierto problemas de naturaleza distinta. Uno relativo al papel del Tribunal, que tiene que ver con el alcance de su poder revisor de las decisiones de los Estados miembros, y la otra, con la implementación de estándares de protección, o hasta qué punto una decisión de un Estado miembro sobre la limitación de un derecho está justificada. Por ello, estoy de acuerdo con el concepto estructural, pero no con el substantivo, aunque en ambos casos rechazo las razones que Letsas ofrece para sustentar la distinción.

Sin embargo, para Letsas, el segundo problema es el más relevante. Para ello, reconstruye las afirmaciones del Tribunal respecto de la DMA, circunscribiéndolas a dos proposiciones: “Primero, que las autoridades del estado están justificadas en tomar medidas, prescritas por el derecho, en orden a alcanzar metas colectivas; y segundo, que, aunque tales medidas puedan interferir con las libertades fundamentales de los individuos, tal interferencia puede no constituir una violación de sus derechos” (LETSAS, 2007: 84).

En lo sucesivo, Letsas otorga a la noción de interferencia de un derecho un papel crucial. Su argumento se basa en la vinculación que los autores y la jurisprudencia hacen de la DMA con el principio de proporcionalidad. Esto se apoya en la jurisprudencia del Tribunal, ya que, como vimos, en los casos *Handyside v. United Kingdom*, *The Sunday Times v. United Kingdom* y *Silver and others v. United Kingdom*, el Margen de Apreciación se desarrolla en la argumentación del Tribunal a propósito de las cláusulas limitación, qué se encuentran en los artículos 8-10 del

⁴⁴⁵ Está por aparecer una respuesta de Letsas a las críticas que se han formulado a su distinción, principalmente de Follesdal (véase LETSAS, 2017 y FOLLESDAL et al., 2013).

Convenio, respecto a qué se debe entender por “necesarias en una sociedad democrática”. Luego, Letsas señala que por ello los comentaristas sostienen que, en este sentido substantivo, el Margen de Apreciación “expresa una conclusión final sobre si una interferencia particular con un derecho individual constituye una violación todas las cosas consideradas [all things considered], es decir, una vez que el test de la proporcionalidad ha sido aplicado” (LETSAS, 2007: 87).⁴⁴⁶

A partir de esto, Letsas concluye que, dado que el Margen de Apreciación se utiliza para expresar solo una violación todas las cosas consideradas, entonces la DMA “no se usa para expresar un punto general sobre la limitabilidad de los derechos” (LETSAS, 2007: 88). Esto, obviamente contrasta con lo que vimos, a propósito de la separación entre la operación de limitación con la operación de determinación si hubo o no violación de las obligaciones que impone el Convenio.

Sobre el concepto estructural de la DMA, Letsas afirma que el argumento que los comentaristas han utilizado se basa en “la competencia institucional, del Tribunal en comparación con la de las autoridades nacionales” (LETSAS, 2007: 90). Esta deferencia Tribunal ocurre cuando “no hay consenso entre los estados contratantes o qué derechos tienen los individuos”, o bien cuando las autoridades nacionales “están mejor situadas para decidir sobre cuestiones políticamente sensibles dentro de un estado contratante” (LETSAS, 2007: 91).

Si en el caso substantivo, el Margen de Apreciación se relaciona con el principio de proporcionalidad, en el caso estructural se relaciona con el principio de subsidiariedad. Pero, ya vimos que es posible conceptualizar al Margen de Apreciación justamente como algo distinto de dichos principios.

La empresa de Letsas, respecto de la DMA, por lo tanto, busca presentarla como prescindible “bajo cierto entendimiento del carácter moral de los derechos humanos y el rol de la revisión judicial” (LETSAS, 2007: 81). Para Letsas, la manera en que jurisprudencia y buena parte de los comentaristas ha entendido la DMA, violenta la idea misma de los derechos humanos, ya que, “el Convenio protege ciertos derechos humanos universales, no un acuerdo internacional *sui generis* sobre derechos” (LETSAS, 2007: 82). Pero ya vimos que la existe un concepto de universalidad menos simplista, el de relativa universalidad, concepto que permite incorporar las legítimas diferencias que existen en la implementación estatal de la protección de los derechos humanos.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Por ello, Letsas prefiere la nomenclatura para su distinción entre “interferencia de un derecho *prima facie*” y una “violación (o no violación) de un derecho tomando todas las cosas en consideración [*all things considered*]” (LETSAS, 2007: 84 n. 14). Vimos ya las dificultades que esta forma de resolución de conflictos tiene para el pluralismo.

⁴⁴⁷ Para un análisis del problema, véase FREEMAN, 2013.

Su crítica descansa, finalmente en la visión de lo que el Tribunal debe hacer: “la meta, como cuestión de derecho, consiste en encontrar un conjunto coherente de principios que puedan plausiblemente atribuirse al Tribunal. Se sigue, que no podemos tener una teoría del Tribunal que ofenda los valores morales de los derechos humanos” (LETSAS, 2007: 83). Esta sería la acusación estándar contra la DMA, como sustentada en el relativismo moral. Pero hemos visto que es posible justificar el Margen de Apreciación en el pluralismo valorativo.

Así, para comprender mejor por qué estas críticas de Letsas fallan, se debe mostrar por qué es implausible la tarea de encontrar un conjunto coherente de principios, para luego entender que la solución que plantea, lo que atiende más a la falta de una teoría justificativa general sobre la forma en que el Tribunal toma sus decisiones, una teoría de la interpretación, que a lo que es el Margen de Apreciación y cuál es su papel en el sistema.

Como vimos, el problema de la justificación, tiene que ver con las razones que permiten comprender la finalidad o propósito práctico de la DMA. Hay un problema de justificación para el uso de la doctrina del Margen de Apreciación, tal como aparece en la jurisprudencia del Tribunal, relativo a la flexibilidad que requiere la implementación de ciertos derechos que consagra el Convenio: cuando el Tribunal considera que no hay una base común, un consenso o una concepción europea uniforme entre los Estados contratantes en la aplicación de los derechos del Convenio.

¿Cómo conceptúa esta justificación de la DMA la tesis de Letsas? Lo hace, apelando a la distinción entre un concepto sustantivo y estructural del Margen de Apreciación: “En relación con el concepto sustantivo del Margen de Apreciación, el Tribunal parece interpretarlo como una tensión entre las libertades individuales y los objetivos colectivos”; por su parte, “el concepto estructural, por el contrario, se basa en la idea de que las autoridades nacionales están en mejores condiciones para decidir ciertos casos de derechos humanos, sobre todo en los casos en que no hay consenso entre los Estados contratantes en materia de moralidad pública” (LETSAS, 2007: 84). En este sentido, de acuerdo con Letsas, la justificación de este aspecto de la DMA correspondería al concepto estructural del Margen de Apreciación.

Debido a que el concepto estructural se relaciona más con la distribución de competencias en vez de con “la relación entre los derechos humanos y el interés público”, Letsas sostiene que el concepto estructural de la DMA se basa en el principio de subsidiariedad. En contraste, sugiere

que el concepto sustantivo de la DMA se basa en el principio de proporcionalidad.⁴⁴⁸ Esto obviamente impide reconocer cuál es la independencia conceptual que posee la DMA y, por lo tanto, afirmar lo que le interesa a Letsas: mostrar su prescindencia.

El concepto estructural de la DMA es llamado también deferencia, porque trata sobre la “competencia institucional” del Tribunal para “imponer limitaciones a los poderes de revisión judicial en virtud del hecho de que el Convenio es una convención internacional” (LETSAS, 2007: 90).

Para Letsas, hay dos categorías de casos en los cuales el Tribunal utiliza la deferencia con las autoridades nacionales: en primer lugar, cuando “no hay consenso entre los Estados contratantes sobre qué derechos humanos tienen los individuos”; en segundo lugar, en “los casos en que el Tribunal se remite a la decisión de las autoridades nacional, porque estas últimas están en mejor posición para decidir sobre cuestiones políticamente sensibles dentro de un Estado contratante” (LETSAS, 2007: 91).⁴⁴⁹ Más adelante veremos que la deferencia, así entendida, se relaciona con la idea de autocontrol judicial, noción que además de ser vaga, no se puede dar bajo los presupuestos del sistema del Convenio.

Por su parte, el concepto sustantivo de la DMA es utilizado por el Tribunal “para abordar la relación entre las libertades individuales y las metas colectivas”, se basa en dos proposiciones: “Primero, que las autoridades estatales están justificadas en adoptar las medidas, prescritas por la ley, con el fin de promover metas colectivas; y en segundo lugar, que aunque esas medidas puedan interferir con las libertades fundamentales del individuo, dicha interferencia no puede equivaler a una violación de sus derechos” (LETSAS, 2007: 84).

La teoría de Letsas parece no capturar el núcleo del DMA, porque su distinción entre un concepto estructural y uno sustantivo del DMA, no aprecia adecuadamente el contexto de aplicación del Margen de Apreciación y su relación con el control de la aplicación de las cláusulas de limitación,

⁴⁴⁸ “El principio de proporcionalidad es, con mucho, el criterio más importante y más exigente en cuanto a si la limitación de un derecho es permisible en virtud del Convenio. Si se determina que la interferencia es proporcional o ‘necesaria en una sociedad democrática’, entonces, el derecho del Convenio no ha sido violado. Esto explica por qué algunos comentaristas directamente vinculan el principio de proporcionalidad con el margen de apreciación” (LETSAS, 2007: 86).

⁴⁴⁹ Para Letsas, la deferencia se ha utilizado de dos maneras: 1) En el caso de no-consenso, donde el Tribunal la ha utilizado en aplicaciones de los artículos 8-11 del Convenio, en concreto “en restricciones particulares basadas en la moralidad pública” (LETSAS, 2007: 91); 2) En el caso en que las instituciones nacionales están en mejores condiciones para resolver un asunto, donde ha sido utilizado por el Tribunal para aplicaciones de derogación bajo el artículo 15 del Convenio y otros casos. La razón principal en estos casos para apoyar la deferencia ha sido “evitar la duplicación de procedimientos a nivel internacional y la idea que el Tribunal no debería ser convertida en una cuarta instancia” (LETSAS, 2007: 92).

tendientes a determinar la extensión de la protección de algunos derechos.⁴⁵⁰ Esta confusión y la dependencia que la teoría de Letsas exhibe con una teoría del bloqueo de razones (*reason-blocking theory*) de los derechos humanos le impiden apreciar adecuadamente dicho contexto.⁴⁵¹

Letsas considera que la proposición más importante para apoyar el concepto sustantivo de la DMA es que ella “presupone o está vinculado a una teoría que nos dice si y cuándo una interferencia con las libertades fundamentales es inadmisibles” (LETSAS, 2007: 85). Letsas dedican un capítulo completo de su libro a la clarificación de la relación entre interferencia y una teoría apropiada, una teoría que establezca “el papel de los derechos humanos como una cuestión de moralidad política” (LETSAS, 2007: 84). Más aún, la distinción misma, entre un concepto sustantivo y uno estructural de la DMA, descansa en la necesidad de esa teoría para entender cuáles son las interferencias admisibles en el Convenio.

El argumento de Letsas descansa en lo siguiente: debido a que no tenemos “una teoría previa de lo que cae dentro del Margen de Apreciación estatal, que podamos usar para determinar qué actos (u omisiones) estatales equivalen a una violación”, entonces tenemos que rechazar la idea de un concepto sustantivo de DMA, porque esto sería una *petitio principii*.

Por esa razón, la única idea destacable tras el concepto sustantivo del DMA, es el lugar común de que los derechos no son absolutos. Esto explica por qué Letsas llega a la conclusión de que:

[C]uando el Tribunal ha utilizado lo que llamo el concepto sustantivo de la doctrina, lo hace para establecer un punto muy general y simple sobre la limitabilidad o no-absolutidad de los derechos del Convenio. No resuelve ni puede resolver la cuestión de si una interferencia particular con un derecho del Convenio es permisible. Las referencias a la doctrina en las decisiones particulares o son superfluas o petición de principio. (LETSAS, 2007: 89).

Esta idea conduce a Letsas a sugerir que el único sentido relevante de la DMA es el estructural, ya que el Tribunal lo hace mejor con otras herramientas, “tales como la ‘ponderación’ o el principio de proporcionalidad, con el fin de descubrir los límites de los derechos del Convenio” (LETSAS, 2007: 87-88); en vez de con el concepto sustantivo de la DMA.

⁴⁵⁰ Ya vimos en detalle este asunto en la Parte I.

⁴⁵¹ La teoría de bloque de razones o triunfos, como argumentó Waldron, y como traté de mostrar antes, es demasiado simple para capturar las complejidades de la adjudicación de derechos cuya determinación de la extensión de protección es indeterminada y resulta muchas veces conflictiva. Recientemente, Letsas ha defendido la vinculación de esta teoría con el principio de proporcionalidad, donde ha argumentado en contra de la idea de “la concepción ortodoxa de la doctrina, según la cual el punto de proporcionalidad es equilibrar los derechos contra otras consideraciones (como el interés público o los derechos de otros) con el fin de optimizar la realización de todos los valores relevantes” (LETSAS, 2015: 317).

Desde aquí, Letsas puede defender su concepción (de raigambre interpretativista) sobre los derechos humanos: siguiendo la distinción de Waldron, busca rechazar las teorías de las inmunidades (o basadas en intereses) y, en su lugar, apoyar las teorías de bloqueo de razones.

Por lo tanto, la verdadera razón por la que Letsas rechaza el concepto sustantivo de la DMA se debe a que “bajo cierta comprensión del carácter moral de los derechos humanos y del papel de la revisión judicial, el uso de la doctrina es del todo injustificada” (LETSAS, 2007: 81). Esta comprensión, por supuesto, es proporcionada por una teoría de los derechos como bloqueo de razones.

Para Letsas: “Una concepción de los derechos como inmunidades es una teoría que protege los intereses fundamentales de los individuos. Una concepción de los derechos como bloqueo de razones es una teoría que bloquea las decisiones políticas basadas en ciertos tipos de consideraciones no permisibles” (LETSAS, 2007: 101).

La primera, establece que “los derechos protegen los intereses individuales que son lo suficientemente importantes como para imponer obligaciones a otros (y al Estado) de respetarlos y promoverlos” (LETSAS, 2007: 101-102); la segunda, establece que “el énfasis está en si las razones para restringir la libertad o dañar un interés son permisibles” (LETSAS, 2007: 102). Por ello, Letsas defiende que:

[U]na teoría de los derechos como bloqueo de razones captura mejor no sólo el carácter anti-utilitaria y anti-perfeccionista de los derechos, sino también el estatus de los derechos humanos como derechos legales, es decir, como derechos que operan como condiciones para el uso legítimo de la fuerza coercitiva. Capturan la intuición, que me parece correcta, de que la protección judicial de los derechos no se trata sobre aumentar o maximizar el grado en que determinados intereses individuales se satisface. (LETSAS, 2007: 105).⁴⁵²

Como Dworkin insistió en su *Justice for Hedgehogs*:

A veces, sin embargo, la gente usa la idea de un derecho político de una manera más fuerte y exigente: para declarar que algunos intereses particulares que las personas tienen son tan importantes, que estos intereses deben ser protegidos incluso de políticas que podrían haber hecho mejor a la gente en su conjunto. Podríamos decir, capturando esta idea, que los derechos políticos son triunfos sobre justificaciones que, de otra manera, serían adecuadas para la acción política. Una política se justifica normalmente, por ejemplo, si es que ella hace más segura a la comunidad mediante la reducción de los delitos violentos: lo que es una buena justificación, todas las cosas consideradas, para aumentar los impuestos a pagar por más policía. (DWORKIN, 2011: 328-329).

Por ello, Dworkin termina concluyendo que:

⁴⁵² Para más detalles, véase el debate Pildes-Waldron (PILDES, 1998; 2000 y WALDRON, 2000).

Un derecho puede ser considerado como un triunfo, por otra parte, a pesar de que podría no triunfar el interés general en casos de emergencia: cuando los intereses en competencia se dan y urgen, como cuando un gran número de vidas o la supervivencia de un Estado está en cuestión. Entonces, podríamos decir, que el triunfo fue derrotado no por una justificación común, sino por un triunfo más alto. (DWORKIN, 2011: 473)

Así que la propuesta de Letsas se sustenta claramente en el interpretativismo de Dworkin, el que, como vimos, presupone la tesis del holismo de los valores y la negación de un conflicto adjudicable entre derechos.

La pregunta que cabe hacerse es si necesitamos una teoría previa de lo que cae dentro del Margen de Apreciación de los Estados para hacer un análisis sobre cómo opera en la práctica el DMA. Creo que he podido hacer esto en la Parte I, mirando a los derechos del Convenio como son, a saber, derechos jurídicos consagrados mediante un tratado internacional de derechos humanos.

Para Letsas, por el contrario, existe un vínculo indisoluble entre una determinada concepción de los derechos humanos y lo que el Tribunal hace a la hora de interpretar el Convenio, en este caso, aplicar la doctrina del Margen de Apreciación.

Sin embargo, esto no es así desde el punto de vista de una teoría liberal de los derechos humanos basadas en el pluralismo valorativo. La teoría propuesta por Letsas necesita de una teoría de los derechos como bloqueo de razones para mostrar la superfluidad de la DMA, de lo contrario, ¿cómo podría atreverse a mostrar la prescindencia de una práctica jurisprudencial sustentada en casi 50 años de historia? Es obvio que este no es argumento para su justificación como tal, razón por la cual a los argumentos que ofrecí en la Parte I, necesariamente tuve que considerar en la Parte II las razones para justificar la DMA.

Por ello, para Letsas, la doctrina de la DMA resulta incómoda, porque tensiona su agenda interpretativista, al obstaculizar la concepción de los derechos humanos que quiere defender: por ello propugna la prescindencia del concepto sustantivo de la DMA, como él afirma explícitamente; y la circunscripción de la jurisprudencia del Tribunal relativa al tema al concepto estructural del DMA, como él afirma implícitamente.

La vinculación del concepto sustantivo de la DMA con la teoría de los derechos como bloqueo de razones, que Letsas desarrolla en el capítulo 4 de su libro, se muestra en la conclusión a la que allí llega: “algunos derechos civiles, como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y la libertad de asociación, tienen una función normativa especial. Son importantes para nuestra condición de ciudadanos libres e iguales que son responsables de la elección y la búsqueda de una concepción de la vida buena”, y que “los principios anteriores y el papel que ellos asignan a los

derechos civiles están, en algún grado, hechos a la medida de su protección judicial por los tribunales” (LETSAS; 2007: 118).

Lo que Letsas está diciendo es que la función normativa especial de algunos derechos se deriva de una teoría previa de los derechos como bloqueo de razones, que limita hasta dónde la protección judicial puede ser extendida.

Esto explicaría por qué Letsas concluye que: “A la larga, los tribunales pueden producir decisiones que restringen los derechos fundamentales en lugar de protegerlos, en cuyo caso hay una razón poderosa para reconsiderar lo que les permite el poder de revisión judicial” (LETSAS, 2007: 119).

Por lo tanto, no hay ningún costo argumentativo para Letsas a la hora de permitir la supervivencia de un concepto estructural del Margen de Apreciación, porque este uso estructural de la DMA sólo puede tener lugar dentro de los límites impuestos por su teoría de los derechos humanos como bloqueo de razones

Aquí, hay un problema de enfoque metodológico: si se busca comprender una práctica jurisprudencial, como ciertamente lo es la doctrina del DMA, no se puede buscar rechazar dicha práctica si no se acomoda a otra teoría que queremos promover. Esto explicaría por qué Letsas llega a la conclusión de que: “A la larga, los tribunales pueden producir decisiones que restringen los derechos fundamentales en lugar de protegerlos, en cuyo caso hay una razón poderosa para reconsiderar lo que les permite el poder de revisión judicial” (LETSAS, 2007: 119).

Por lo tanto, no hay ningún costo argumentativo para Letsas a la hora de permitir la supervivencia de un concepto estructural del MA, porque este uso estructural de la DMA sólo puede tener lugar dentro de los límites impuestos por su teoría de los derechos humanos como bloqueo de razones.

Por el contrario, creo que es posible hacer un análisis del DMA, que permita comprender los distintos intereses en juego, en los casos donde el Tribunal ha usado esta doctrina, sin la necesidad de defender una teoría de los derechos humanos como la que defiende Letsas. Como argumenté, creo que tal teoría es el pluralismo valorativo, la que permite comprender por qué el Margen de Apreciación es funcional a la flexibilidad en la implementación de algunas normas que consagra el Convenio y, al mismo tiempo, a la preservación del *ethos* del Convenio en miras a instanciar un esquema practicable de derechos en una Europa diversa.

Pero, más allá de una preferencia por la mejor teoría para comprender una práctica jurídica, el verdadero problema del planteamiento de Letsas es que confunde la determinación de la

protección de un derecho, que es el objetivo del Tribunal en las aplicaciones de las cláusulas de limitación, la que denominé antes operación de limitación; con la operación que busca determinar si hubo o no violación de las obligaciones del Convenio por parte del Estado de que se trate.

Para comprender esto, es necesario aclarar lo siguiente: para Letsas, no toda acción u omisión del Estado que afecte a un derecho constituye una violación. Este es verdaderamente el espacio lógico que ocupan las medidas de interferencias: se encuentran entre las acciones u omisiones del Estado que no afectan a un derecho y las que sí los afectan violándolo. Esta forma de concebir el problema es, como vimos, parte del enfoque recibido de los derechos que Webber critica. El punto de Letsas sería, entonces, que no podemos saber cuándo nos encontramos frente a uno u otro tipo de interferencia, ya que carecemos de una teoría previa que nos lo diga.

Pero, el problema de las interferencias con los derechos no es un problema de las acciones u omisiones del Estado que afecten el alcance de los derechos, sino de las obligaciones que tienen los Estados de respetar los derechos. Sostener lo contrario, es confundir la clase de relación normativa que un derecho establece, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se confunde derogación y con limitaciones, como vimos en la Parte I.

En este sentido, la distinción que debería hacer Letsas no es solo entre interferencias justificadas (limitaciones) e interferencias injustificadas (violaciones), sino que la distinción previa entre interferencias con los derechos que no implican el quebrantamiento de las obligaciones de los Estados de proteger los derechos y las interferencias que sí las quebrantan. Cuando el Tribunal evalúa la interferencia que un Estado realiza sobre un derecho, que conlleva una obligación, debe determinar si dicha interferencia está o no justificada. Si lo está, entonces nos encontramos frente a una limitación de un derecho contemplada en el Convenio; sino lo está, nos encontramos frente a una violación.

Pero el planteamiento de Letsas dejaría un caso recalcitrante: las interferencias que no conllevan obligaciones para los Estados pero que sí son acciones u omisiones estatales que afectan los derechos.⁴⁵³ Esto es posible, ya que para él el foco está en las acciones u omisiones estatales, y la teoría que sirve para justificarlas, y no en el alcance y extensión de la protección de los derechos.

De esta manera, no queda claro en el planteamiento de Letsas por qué necesitamos una teoría previa, sobre moralidad pública, que nos diga cuáles interferencias son permisibles y cuáles no (acorde con su teoría de bloqueo de razones), ya que el mismo rechaza la idea del concepto

⁴⁵³ Todo esto que señalo, es asumiendo el lenguaje de la concepción heredada de los derechos, aquella que ve a las limitaciones como ataques a derechos, tesis que explícitamente rechacé antes.

substantivo de la DMA: la idea de que el Margen de Apreciación tiene que ver con todos los actos u omisiones que los Estados pueden emprender sin violar ningún derecho (véase LETSAS, 2007: 87-88).

Esto revela que para Letsas existen o bien interferencias justificadas, que serían las limitaciones, o bien interferencias injustificadas, que serían violaciones. Pero en ambos casos, es el Tribunal quien en concreto realiza la valoración de la justificación de las interferencias. Entonces, es dudoso el papel de una teoría previa sobre moralidad pública que permita evaluar en abstracto las acciones u omisiones estatales que interfieran con los derechos: ¿De qué le serviría al Estado que en abstracto sepa cuándo puede interferir con un derecho, a qué razones puede o no puede echar mano para afectar un derecho (como defiende una teoría del bloqueo de razones), si finalmente es el Tribunal quien determinará si dichas interferencias constituyen limitaciones o violaciones? Esto sería caer, nuevamente, en la equiparación de las limitaciones con las excepciones, la que denominé la tesis de Bentham.

Más aún, al poner el foco en dicha teoría que mira a la justificación de las interferencias en vez de a la extensión de la protección de los derechos, Letsas no deja espacio para concebir el caso recalcitrante. Para mostrar cuál es dicho espacio, consideremos un ejemplo: los horarios de funcionamiento de una biblioteca universitaria pública. Supongamos que tengo el interés de trabajar toda la noche, ¿no es concebible el establecimiento de horarios de cierre y apertura de un espacio público de esta naturaleza, en el contexto de la educación pública universitaria, como una interferencia a mi derecho a la educación?⁴⁵⁴

Supongamos ahora que el Tribunal no quiere conocer este caso y lo declara inadmisibles basado en el Margen de Apreciación. ¿Qué habría hecho el Tribunal? ¿Habría declarado que aquí no estamos frente a una interferencia o que la interferencia estaría justificada? Creo que este ejemplo muestra justamente que hay otra alternativa: que el Tribunal en realidad muestra que es posible concebir interferencias con un derecho que no generan obligaciones para el Estado. Si esto fuera cierto, una teoría de la moralidad pública, por la que aboga Letsas, debería también poder cubrir estos casos, ya que también se trata de acciones u omisiones del Estado. Esto es exactamente lo

⁴⁵⁴ Se podría objetar que aquí en realidad hay un problema respecto de la estructura de los derechos humanos: que el interés en que las bibliotecas universitarias se mantengan abiertas toda la noche no es un interés fundamental y general que sea lo suficientemente importante para generar obligaciones a un Estado. Pero la determinación de la obligación, que porta el interés a proteger, queda entregada al Tribunal, ya que ella es relativa y debe evaluarse en concreto. Esta es justamente la razón de por qué el Tribunal consideró que los códigos de vestimenta de Suiza y Turquía que prohibían el uso de hiyab a los profesores para impartir sus clases en escuelas públicas, no constituían una violación del Convenio.

que quise decir con el uso de la DMA en el examen de admisibilidad de las demandas presentadas.⁴⁵⁵

A pesar de Letsas trata de elucidar el concepto de Margen de Apreciación contrabandeando una forma particular de concebir los derechos humanos, o bien, una forma particular de concebir la función del Tribunal, su concepto distinción entre un concepto substantivo y estructural de la DMA sí es importante. Como él mismo aboga por abandonar el concepto substantivo de la DMA por falta de independencia conceptual respecto de otros principios que utiliza el Tribunal, me parece que su concepto estructural puede servir para mostrar la función del Tribunal.

Considerando este concepto, se ha intentado comprender al Margen de Apreciación como una especie de tesis de autocontrol judicial o deferencia.⁴⁵⁶ De entrada, hay una dificultad de importar la idea del autocontrol judicial para el sistema del Convenio, toda vez que no se cumple con uno de los presupuestos que se han identificado a nivel constitucional para su procedencia. Como ha dicho Posner:

Hay un ámbito en el que un juez no puede decidir casos simplemente por referencia a la voluntad de otros —los legisladores, o los jueces que decidieron casos anteriores, o los autores de la Constitución— dentro de esa área el juez debe basarse en sus propios valores y preferencias para llegar a una decisión, pero debe hacerlo de una forma basada en principios, ‘basada en principios’, implica no solamente de manera consistente sino que también gozando de suficiente aprobación pública, por lo que el juez no tiene miedo de declarar el ‘principio’ en sus opiniones (POSNER, 1983: 10).

⁴⁵⁵ Los parágrafos 394-396 de la *Guía práctica sobre admisibilidad* del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (2014), señala: “Cuando el Tribunal debe examinar la injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de uno de los derechos arriba mencionados, procede siempre un análisis en tres pasos”, cuyo propósito es determinar la legalidad de la injerencia, la persecución de fines legítimos y que ella sea necesaria en una sociedad democrática. La DMA se despliega en la tercera fase. “Sólo en el caso de una respuesta afirmativa a cada una de las tres cuestiones, la injerencia es considerada conforme al Convenio, mientras que una respuesta negativa entraña la constatación de una violación”.

⁴⁵⁶ Letsas muestra sus dudas sobre la deferencia: “En primer lugar, parece descartar la tesis de que los tribunales internacionales deben siempre ejercer su propio juicio sobre lo que los litigantes de derechos humanos ponen ante sí. En segundo lugar, parece permitir la posibilidad de que los Estados contratantes sean el único juez de lo que las personas tienen en virtud de los derechos humanos bajo el Convenio. Sin más calificaciones, las dos proposiciones anteriores son bastante extremas. La primera, está en tensión directa con el valor de la legalidad. Normalmente, el papel de los tribunales es decidir por sí mismos cuáles son los litigantes legales que tienen ante sí, en lugar de seguir las decisiones de algún otro órgano. Y está claro que el Convenio ha autorizado al Tribunal a decidir lo que las personas tienen respecto de los derechos humanos como cuestión de derecho internacional. La segunda, amenaza con hacer que el objetivo de la revisión internacional de los derechos humanos sea redundante. Si un Estado contratante es el único juez de si ha violado los derechos humanos de alguien como cuestión de derecho, a cuyo juicio el Tribunal debe aplazar, entonces ese Estado se convierte en juez en su propia causa. Entonces no tendría sentido tener una revisión judicial de la acción estatal por un tribunal internacional” (LETSAS, 2017). Por el contrario, creo que he argumentado largamente en la Parte I y II por qué ambas tesis, a las que se opone Letsas, son plausibles.

Como vimos, en el caso del sistema Convenio, dicho ámbito no existe, ya que justamente el Margen de Apreciación se aplica en el caso de derechos no-absolutos, donde procede a una delegación al legislador nacional para la determinación del ámbito de protección de los derechos y un reconocimiento *prima facie* de las diversas formas en que puede hacerlo.⁴⁵⁷

Además, incluso si se importa *mutatis mutandis* esta idea para el sistema del Convenio, no queda claro bajo cuál entendimiento del concepto de autocontrol judicial se refieren sus defensores. En este sentido, Posner ha señalado que existen varias maneras de definir autocontrol judicial, siendo el denominado autocontrol prudencial, tanto en su aspecto político como funcional, los que en el debate han sido mayormente asociados al Margen de Apreciación.⁴⁵⁸

En cualquier caso, la idea de autocontrol o deferencia ciertamente es compatible con la forma en que he concebido al Margen de Apreciación en esta investigación: un principio interpretativo que permite regular o controlar la implementación flexible del Convenio que le corresponde a los Estados miembros, la que surge debido a la interacción entre el nivel nacional y europeo donde dicha implementación se despliega, buscando preservar dos valores estructurales del Convenio, la democracia y el pluralismo, en miras a alcanzar un esquema composable o practicable de derechos y libertades en una Europa diversa. Por ello se ha dicho que el Margen de Apreciación:

[S]irve para una serie de funciones que están vinculados a la función judicial, como tal, en particular, como una expresión de la restricción judicial y del control limitado de la decisión política, y como una ayuda para la interpretación. Sin embargo, más importante aún, es ser entendido a la luz de la situación particular del Tribunal como un organismo supranacional que hace cumplir las normas de derechos humanos. La doctrina del Margen de Apreciación demarca el espacio dejado para el ejercicio de la soberanía nacional. El Tribunal es subsidiario de los sistemas nacionales de los Estados contratantes. Al contrario de, por ejemplo, las normas que emanan de la Unión Europea, que no buscan reemplazar la legislación nacional. La absoluta uniformidad de las normas nacionales no es la meta” (BREMS, 2001: 360)

⁴⁵⁷ Aunque Posner está pensando en el originalismo o intencionalismo, el que, como vimos, solo tiene un papel restringido en el sistema del Convenio.

⁴⁵⁸ “(1) Un juez autocontenido no permite que sus propias ideas de política influyan en sus decisiones. (2) Es cauteloso, circunspecto, vacilante acerca de la intrusión de esas opiniones. (3) Está consciente de las limitaciones políticas prácticas sobre el ejercicio del poder judicial. (4) Sus decisiones están influenciadas por la preocupación de que la promiscua creación judicial de los derechos resulte en una inundación del tribunal con litigios, por lo que ellos no puedan funcionar eficazmente. (5) Quiere reducir el poder de su sistema judicial en relación con el de otras ramas del gobierno”. Posner rechaza la primera, identifica la (2) con la deferencia. “Las definiciones 3 y 4 identifican lo que llamaré ‘auto-control prudencial’” (POSNER, 1983: 10-11). Luego agrega que: “El ‘auto-control prudencial’ tiene dos aspectos, el ‘político’ (definición 3) y el ‘funcional’ (4). La mayoría de los jueces practican la versión política o estarían dispuestos a hacerlo en alguna ocasión [...] La segunda clase De la auto-control prudencial, el ‘funcional’, se basa en el reconocimiento de que las decisiones que crean derechos conducen a volúmenes de casos más pesados, que a su vez puede perjudicar la capacidad de los tribunales para funcionar (de ahí la palabra ‘funcional’)” (POSNER, 1983: 11).

Solo resta la pregunta sobre la manera en que debería concebirse el proceso de adjudicación de los derechos que contienen cláusulas de limitación por el sistema del Convenio. Como ya dijimos, se debe tratar de eludir el enfoque recibido sobre los derechos:

Bajo el enfoque recibido, el análisis del derecho como pretensión procede en dos etapas, divorciando la cuestión del derecho de la cuestión de su limitación. Al leer la ‘limitación’ de un derecho como sinónimo de ‘infracción’ o de ‘superación’ de un derecho, el enfoque recibido caracteriza una cláusula de limitación de manera similar a una ‘cláusula de ahorro’ [saving clause] o una ‘excepción o justificación’ [defence], donde la infracción de un derecho puede ser salvado o defendida en nombre del interés público. A este respecto, el tribunal se sitúa como árbitro de las infracciones que pueden justificarse y, de nuevo casi sin excepción, los tribunales internacionales y nacionales se han basado en la idea de proporcionalidad y ponderación entre la pérdida del derecho y la ganancia para el interés público, en orden a evaluar la admisibilidad de la infracción de un derecho. El resultado es una lectura expansiva de todos los derechos, la frecuente infracción de los derechos por parte del Estado en pro del interés público y el recurso a la cláusula de limitación (o no) para justificar (o no) la infracción de los derechos constitucionales” (WEBBER, 2009: 56).⁴⁵⁹

La tesis la ponderación, a la que ya me referí en la Parte I, claramente adopta este enfoque recibido de los derechos.

Por ello, creo que una alternativa adecuada, para dar cuenta de todas las complejidades que involucra el proceso de adjudicación de esta clase de derechos, es el especificacionismo, el que defiende que la especificación de los derechos tiene por objeto resolver los conflictos entre las reglas o principios que establecen derechos en un proceso de adjudicación, como una alternativa a enfoques sustantivos y particularistas: al contrario de ellos, el especificacionismo “consiste en la reducción del ámbito de aplicación de los principios, preservando su rigor” (MORESO, 2012a: 39).⁴⁶⁰ En el ámbito del Convenio, por ejemplo, Webber, que se opone a la ponderación, abraza entusiasta el especificacionismo:

En contraste, en el entendimiento de que los derechos son especificados y constituidos por limitaciones, se combinan las dos preguntas que el enfoque recibido debe mantener separadas: ‘la cuestión del contenido de un derecho y la cuestión separada de las implicaciones normativas del derecho’. Por lo tanto, cuando se concluye con el enfoque recibido que los límites a las donaciones a los partidos políticos y a los candidatos son infracciones justificadas del derecho a la libertad de expresión, la conclusión es, en realidad, que el derecho a la libertad de expresión no llega a excluir tales límites. Cuando se llega a la conclusión de que, el requisito de que los productos de tabaco contengan advertencias sanitarias, es una infracción justificada del derecho a la libertad de expresión, también es en realidad una afirmación de que el derecho a la libertad de expresión no va tan lejos. La limitación justificada de un derecho constituye la

⁴⁵⁹ Más detalles sobre el argumento, en WEBBER, 2009: 55-86. Además, en Donnelly se encuentran las bases que deberían guiar ese proceso de especificación (véase DONNELLY, 2013: 100 y ss.).

⁴⁶⁰ Véase SHAFER-LANDAU, 1995.

delimitación del derecho, su alcance está alineado con su fuerza normativa. (WEBBER, 2016: 15).⁴⁶¹

La construcción de una adecuada teoría de la adjudicación basada en el especificacionismo, que respete todos los elementos dogmáticos y filosóficos que implica el control de la implementación de los derechos no-absolutos, es sin duda una tarea pendiente, que con toda seguridad emprenderé en una futura investigación.

⁴⁶¹ Este es también, en parte, el enfoque norteamericano sobre el problema. Así, se ha dicho que: “Algunos autores afirman que sólo las restricciones impuestas sobre el alcance bien definido de un derecho pueden ser correctamente denominadas ‘limitaciones’” (BAKER, 1986: 77).

Concluding Remarks

In Part I, I offered an elucidation of the concept of Margin of Appreciation corresponding to the practice developed by the Court, trying to configure its central case, which is related with the application of the limitation clauses of articles 8-11 of the Convention.

The elucidation of this problem helps to make explicit the thesis that I defended here, namely that the doctrine of Margin of Appreciation is a mechanism used by the Court with a practical purpose: to regulate or control the flexible implementation of the Convention that corresponds to the States Parties, which arises from the interaction between the national and European level where such implementation is applied. This interaction is clearly seen in the Convention's clauses of limitation of rights, which is justified by two structural and co-dependent principles that the Margin of Appreciation helps to preserve: democracy and pluralism. The preservation of these principles aims to create a political space, which is only possible within a European human rights system understood as a non-independent, rather interdependent legal system based on the orderly application of redundant rules.

To avoid what, with such eloquence, Sterne pointed out through his character Tristram Shandy, that: "It is the nature of an hypothesis, when once a man has conceived it, that it assimilates every thing to itself as proper nourishment; and, from the first moment of your begetting it, it generally grows the stronger by every thing you see, hear, read, or understand." (STERNE, 1993: 192); it is necessary to show whether what is being said here is plausible about the textual, formal or structural elements that determine the Court's interpretation, but not only in the specific cases of application of Articles 8-11, where the Margin of Appreciation doctrine applies, as I believe I have shown satisfactorily, but also if they matter, in general, to the Court in any case that causes him to adjudicate.

In a recent case concerning to the denial of access to information from police records of a list of ex officio defense lawyers used by the police to provide legal assistance to detainees, which was requested by the NGO Magyar Helsinki Bizottság (Hungarian Helsinki Committee), against the opinion of some Hungarian police departments, which considered such information of public interest and thus covered under Article 10 of the Convention; the Court had the opportunity to explain the general procedure of interpretation of the Convention, which obviously includes the clauses of limitation (since the case was precisely a case about Article 10). In summary, the Court noted on the interpretation that:

- 1) *The applicable rules of interpretation are those of the Vienna Convention*: “The Court has emphasised that, as an international treaty, the Convention must be interpreted in the light of the rules of interpretation provided for in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties”.⁴⁶²
- 2) *The primary interpretation technique of the Convention is the literal*:⁴⁶³ “Thus, in accordance with the Vienna Convention, the Court is required to ascertain the ordinary meaning to be given to the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are drawn.”⁴⁶⁴, and the argument *sedes materiae* has preeminence.⁴⁶⁵
- 3) *The teleological argument*:⁴⁶⁶ “Regard must also be had to the fact that the context of the provision is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions [...] the object and purpose of the Convention, as an instrument for the protection of human rights, requires that its provisions must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory.”⁴⁶⁷

⁴⁶² Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §118. The general rule of interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties are: “1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

⁴⁶³ It can be defined as “one that is adapted to the common use of words and grammatical rules in a given community.” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 163).

⁴⁶⁴ Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §119.

⁴⁶⁵ That is to say “a certain normative formulation is interpreted taking into account the place it occupies in the context of which it forms part” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 169).

⁴⁶⁶ The one that is used “when a certain normative formulation is interpreted attending to its own objective purpose, supposing that it was dictated as an adequate means to reach it” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 170).

⁴⁶⁷ Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §120-121.

- 4) *The argument a coherentia*:⁴⁶⁸ “Furthermore the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States [...]. Account must also be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties [...] the Convention cannot be interpreted in a vacuum and should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part.”⁴⁶⁹
- 5) *Ad hoc arguments, the emerging international consensus*: “the common international or domestic-law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision [...] The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases”.⁴⁷⁰ This is an explicit recognition of the so-called consensualism as a specific interpretation technique of the Convention, constituting a serious effort on the part of the Tribunal in its definition.⁴⁷¹
- 6) *Complementary means of interpretation: travaux préparatoires*: “Finally, recourse may also be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work (*travaux préparatoires*) of the treaty, either to confirm a meaning determined in accordance with the above steps, or to establish the meaning where it would otherwise be ambiguous, obscure, or manifestly absurd or unreasonable.”⁴⁷²

One way of looking at what is said in this case is that, as a general procedure for interpreting the Convention, the Court establishes an order of precedence for the techniques of interpretation previously established in its case-law. In any case, based on it is possible to state that, in general, given the Court’s points in (1) and (2) above, the formal, textual or structural criteria could be

⁴⁶⁸ The one that “is used when a certain normative formulation is interpreted regardless of that (or those) meaning (s) that supposes a contradiction with respect to what is established by another normative formulation” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 171).

⁴⁶⁹ Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §122-123.

⁴⁷⁰ Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §124.

⁴⁷¹ This effort is opposed to those think that consensualism, as an interpretive technique, is a purely rhetorical tool (CAROZZA, 1998: 1221) or a method of justification rather than interpretation (ZYSSET, 2017: 133).

⁴⁷² Case *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, application No. 18030/11, judgment 8 November 2016, §125. Regarding the corrective interpretation (see MORESO y VILAJOSANA, 2004: 166), which would seek to extend the scope of rights, the Court adds in the same paragraph: “It can be seen from the case-law that the *travaux préparatoires* are not delimiting for the question whether a right may be considered to fall within the scope of an Article of the Convention if the existence of such a right was supported by the growing measure of common ground that had emerged in the given area.”

used to determine not only the articles where the Margin of Appreciation fits, but also the whole Convention.

That is why this case is relevant, because it orders and clarifies what the Court has said in its previous case-law concerning the role of the rules of interpretation of the Vienna Convention and its rejection of originalism and textualism.⁴⁷³

In this sense, there is a basis on the practice itself that allows to account the conceptual problem of the Margin of Appreciation as I do it. The approach offered here on the doctrine of the Margin of Appreciation goes from practice to the concept, through a reconstruction of its rational foundations, in order to capture its practical purpose and, based on it, to build a conception of it. Thus, the Margin of Appreciation would be an interpretative principle of the Court, which has a central role in the application of a special category of alternative rules of the Convention, namely those that allow limitations on rights.

If these types of alternative rules are clearly delineated, their practical purpose and the role of the Margin of Appreciation can be clearly understood. If the nature of the limitations consists conceptually in being rules that add or introduce elements pre-selected by the legislator that must be considered later to determine the extent of the protection of a right, then the practical aim that the legislator would pursue in including them in the Convention would be to set certain parameters in the way States protect those rights which have boundary clauses attached. This presupposes, therefore, two things. The first is that the extension of the protection of these rights is not determined, although it is determinable, for which the rights in question are non-absolute. The second is that it is for the States Parties to which the Convention must be implemented, so that, first, they must determine the extent of protection of those rights. However, given that it is up to the Court to control this implementation, it is necessary to have an interpretative mechanism to control such implementation, which is why the Court developed the doctrine of the Margin of Appreciation in the first place: to determine when such implementation falls on the side of the States and when not.

The foregoing argument, which is constituted by textual, formal or structural considerations present in the Convention, determines the *quid* of the Margin of Appreciation, but not the *quantum*, which, in turn, is explained in terms of the triadic structure that the application of

⁴⁷³ Cases *Golder v. United Kingdom*, application No. 4451/70, judgment 21 February 1975, §26-36; *Engel and Others v. The Netherlands*, applications Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72, judgment 8 June 1976, §82; *Tyrer v. United Kingdom*, application No. 5856/72, judgment 25 April 1978, §31; *Soering v. United Kingdom*, application 14038/88, judgment 7 July 1989, §100-104; *Sigurdur Sigurjónsson v. Iceland*, application No. 16130/90, judgment 30 June 1993, §35.

limitation clauses has in practice: a relationship between a right, a context, and a set of principles. This explains why in the adjudication of articles 8-11, the Court must attend to the presence or absence of a European consensus and common values and the identification of fundamental rights for a democratic and pluralistic society. Both considerations show why the Margin of Appreciation is better appreciated in the rights of personal liberty, referred to in Article 8-11 of the Convention, which were conferred on the assumption that those structural values that determine the practice in question, since they do not have meaning in abstract, but in the real context of a state, in a specific political and legal system. In this sense, the implementation of this rights could be different from one state to another.

In this rational reconstruction of the doctrine of the Margin of Appreciation, I deliberately eluded three questions that were urgent to resolve and which, for methodological reasons, I preferred to analyze in Part II, since they are related with the justification problem of the Margin of Appreciation instead with its conceptual one.

The first is whether the distinction between absolute and non-absolute rights, and the others we have seen, presupposes a hierarchy of rights.⁴⁷⁴ One understanding of what the Court has pointed out regarding the difference in the treatment it gives in the interpretation, for example, of articles 2 and 8, is to suppose that this affirmation of the Court is an example of a hierarchy of rights. In this sense, Article 2 would preserve a more important legal right (life) than Article 8-11 (right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and freedom of assembly and association). This strategy justifies not a greater ordinal weight of it (it is not that, for example, the right to life enjoys preeminence over religious beliefs), but a cardinal one, in the sense that its configuration and application obeys standards of interpretation.

In any case, we only saw, implicitly, that the distinction between absolute and non-absolute rights implies a hierarchy of rights. On this hierarchy, it has been said:

Like most rights documents, the rights conferred by the ECHR are not absolute. All but four may be restricted in specified circumstances. First, certain rights are subject to what may be termed 'express definitional restrictions', limiting either their content, the circumstances in which they apply, or the persons who are entitled to them. Second, according to Article 15, all except the absolute rights may be suspended 'in time of war or other public emergency threatening the life

⁴⁷⁴ See WHITE and OVEY, 2010: 8-10.

of the nation' provided this is 'strictly required by the exigencies of the situation'. Most controversial, however, are those Articles which contain general exceptions allowing states to interfere with rights in pursuit of other legitimate purposes, primarily of a collective nature. This category differs from the other limitations in requiring case-by-case judgments as to whether priority should be given to individual rights or to public interest goals. (MCHARG, 1999: 671).

Then, beyond the labels (where it says 'express definitional restrictions', one should read 'exceptions' and where 'general exceptions' should read limitations), the point is that the mere fact that the Convention contemplates alternative norms implies a hierarchy of rights. For this reason, to clarify conceptually these rules, helps, in principle, to delineate the hierarchy. The non-absolute nature of rights would affect another feature usually linked to human rights, namely, their universality. As we saw in Part II, the strategy was to establish a gradual concept of universality, which is called relative universality.

In addition, this problem connects us with a second, and perhaps more fundamental: what is the concept of human rights that better allows us to understand the Margin of Appreciation as legal principle? We saw that the concept should come from a modified theory of interest. In addition, we saw why a rival theory, the theory of rights as triumphs, is inadequate, at least to explain the category of rights that have clauses of limitation. This theory is what gives support to the now widespread theory of Letsas, that distinguishes a structural concept and substantive of the Margin of Appreciation doctrine. We saw that this distinction corresponds not really to a conceptual clarification about the Margin of Appreciation, but rather to a justification of it, which is dependent on the aforementioned vision of rights and goes an inverse path: from a particular view of the Court to the rights of Convention.

However, we saw that the theoretical interest of the distinction that Letsas proposes, between a structural and a substantive concept of the Margin of Appreciation, despite leaving a recalcitrant case, retains a theoretical interest, since one of the relevant ways of conceiving the Margin of Appreciation has been that of deference, which is acceptable whenever it is understood in a different way to the traditional one.

Furthermore, we saw that, if it is true then that the human rights in which the Margin of Appreciation applies, those with a limitation clause are better explained in this way, then that would have to deal not only with the problem of universality, which as we have seen must be understood in a gradual way, but must also face questions about how these non-absolute rights are awarded.

This brings us to the third problem, that is, how the limitation of rights is carried out in this context. The idea here was only to suggest that the so-called received approach of rights, fail in understand rights as independent of its limitations, being unable to account for why, from its point of view, so many justified actions of the infringing States occur regularly (WEBBER, 2016: 15).

This approach, as we have seen, presupposes that the two stages in which the Court examines the application of the limitation clauses is based on the principle of proportionality, which would determine the entire operation of the Court's interpretation, aimed to determining whether or not there was a violation of the obligations imposed by the Convention, where the limitation of duties would be a residual product in that process. Instead, I defend that both operations are separable: first, determine whether or not there was violation, and second, the limitation to rights.

Not separating both operations, not only neglects the practical purpose of including explicit clauses in the Convention, but also impedes understanding why the Court seeks to guarantee a composable or practicable scheme of rights. At the same time, it cannot give account of why the Court refers in its jurisprudence, explicitly, to the structural principles of democracy and pluralism that make up its *ethos*.

Finally, I only suggested that specificationism would be the most adequate theory to properly justify the process of adjudication of such rights, since it is the only one that can accept the idea that rights can have an undetermined and variable scope of protection.

Berlin's value pluralism was necessary to justify the Margin of Appreciation doctrine. The starting point was to accept that the system of the Convention allows the conflict between rights.⁴⁷⁵ In this way, pluralism help us to show why it is necessary for the system to have alterative norms, called limitations, since it is required to configure rights whose application cases are open. In this sense, any affirmation about the content of this or that right will be valid only in a real context of a Member State, since the rights on which the limitation clauses apply, Art. 8-11, are rights of personal freedom, whose protection has no meaning except in the real context of a given state: in a specific political and legal system.

The use of pluralism was also necessary, since this theory presents a better understanding of pluralism, as a value of diversity. This value is a remedy against what I have called democratic discretion. For pluralism, a society where more values instantiate more forms of life is desirable, a more diverse society, since it is the most effective remedy against the danger of factions and the

⁴⁷⁵ See ARAI-TAKAHASHI, 2011: 111-112 and CHRISTOFERSEN, 2009.

abuse of dominant positions in a political system. This mission of custody of the Court should not be such, if there were mechanisms of effective democratic participation at European level. However, on this hypothesis the Margin of Appreciation would still be relevant in order to recognize the valuable diversity: the particular and democratic ways in which each State decides to implement the protection of rights with explicit clauses of limitation.

In view of the current or future scenario, value pluralism will continue to provide adequate justification for the doctrine of the Margin of Appreciation, since it allows neutralizing the objection of moral or cultural relativism, opposed to Human Rights. But, at the same time, pluralism can provide a notion of objectivity of value that is strong enough to explain why some Human Rights called for a decontextualized authority.

Thus, the foregoing makes it possible to characterize the European legal system of Human Rights as a system constituted by non-independent, interdependent and therefore redundant norms. This is the final reason for which, the necessity to justify the doctrine of the Margin of Appreciation is permanent. What image does the system of the Convention as a legal system?

Redundancy would be one of the central characteristics of this legal system: “We will say that a normative system that lacks redundancies is an independent system; that is, a normative system *S* is independent if and only if none of the cases in its universe of cases is redundant, that is, if and only if none of its cases is correlated by different rules with the same normative solution” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 114). Thus, in this context, it is not so true that “the independence of a normative systems, as opposed to consistency and completeness, is not such an important property of normative systems, in relation to the guidance of human behaviour” (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 114).

Therefore, I believe that the legal system for the protection of Human Rights in Europe is a close test of the relevance of this criterion in the characterization of legal systems in a global context and with supranational legal regimes that coexist with the State systems, but, on the contrary: because such systems, in a global and supranational context, lack it. Instead of independence, one must speak of interdependence.

Then, how would the Margin of Appreciation be linked to the view that pluralism has of conflict and rights? Since the Margin of Appreciation has to do with the control exercised by the Court on the management of conflicts of rights between a Member State, in the application of a limitation clause, what the Court is actually doing is either confirm the management of a particular dispute or its correction, by appealing to the structural principles of the Convention.

In other words, pluralism makes it possible to understand why, in order to adjudicate these cases, it is necessary to resort to the context of each Member State, but without falling into casuistic relativism.

In the case of confirmation of the management of a disagreement over rights as well as of its replacement, the universality of rights is not threatened in a non-trivial way, which implies respect for diversity and its gradual protection.

In this sense, for pluralism, the Margin of Appreciation is an interpretative principle used to deal with the inherent disagreements that arise in the implementation by States of the rights and freedoms contemplated by the Convention, on the different contexts of the Member States, those who adhere to different principles in different legal systems, which presuppose different forms of life.

Hence, the Margin of Appreciation is “a tool for to balance uniformity and diversity within an international legal system of human rights protection” (BREMS, 2001: 361). This would be the main justification for the Margin of Appreciation doctrine and the foundation for an inclusive universality of Human Rights.

Thus, the doctrine of the Margin of Appreciation serves to achieve a certain flexibility in the rights and freedoms of the Convention. Its purpose is finally to manage the conflict inherent in the application of the Convention.

How can contextual diversity fit into international human rights law? Accepting that some human rights are not universal and absolute *simpliciter*, since they have an undetermined scope of protection.

Only in this way can we appreciate the great political achievement which means that the international community has agreed that there are a few, but significant, Human Rights that are absolute, that is, that their scope and protection is alienated, non-derogable and valid everywhere, even among pariah states, so their violation should be considered a moral offense to our common humanity.

For the rest, non-absolute rights, it is wiser to rely on the graduality and variability of their implementation, insofar as democracy and pluralism are preserved, since they reflect our legitimate differences as human beings.

Bibliografía.⁴⁷⁶

Referencias doctrinales:

AARNIO, Aulis (2010). “¿Una única respuesta correcta?”, en A. Aarnio *et al.*, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 9-45.

ÅKERMARK, Sia Spiliopoulou (1999). “Reservations: breaking new ground in the Council of Europe”, *European Law Review*, Vol. 24, No. 5, pp. 499-515.

ABRISKETA URIARTE, Joana (2013). “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV, No. 1, pp. 73-99.

ADRADOS, Francisco (1990). *Líricos griegos. Elegiacos y yambógrafos arcaicos (siglo VII-V A.C.)*, Vol I (Trad. F. Adrados). Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

AGÜERO, Sebastián (2015). *La Derogación: un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos* (tesis doctoral). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

——— (2003). “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, pp. 131-40.

ANDRADE, Marcos (2009). *Historia, filosofía y diversidad valorativa en Isaiah Berlin* (tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago de Chile: Universidad de Chile.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2000). “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *European Public Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 69-80.

——— (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerp, Oxford y New York: Intersentia.

——— (2011). “Disharmony in the process of Harmonisation? – The Analytical Account of Strasbourg Court’s Variable Geometry of Decision-making Poilicy Base don the Margin of Appreciation Doctrine”, en M. ANDENAS y C. BAASCH (eds.), *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham UK and Northampton MA: Edward Elgar, pp. 95-114.

——— (2013). “The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, en A. Føllesdal, B. Peters y G. Ulfstein (eds.) (2013), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 62-105.

ARISTÓTELES (2000). *Ética Nicomáquea* (trad. J. Pallí Bonet). Madrid: Gredos.

ARONEY, Nicholas and AHDAR, Rex (2012). “The Accommodation of the Shari’a within the Western Legals Systems”, *Rutgers Journal of Law & Religion*, Vol. 13, No. 387-413.

ATIENZA, Manuel (2010). “Sobre la única respuesta correcta”, en A. Aarnio *et al.*, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 47-80.

⁴⁷⁶ Son más todas las traducciones al castellano de los textos citados cuyo original sea en inglés, francés y latín.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

ATRIA, Fernando (2001). *On Law and Legal Reasoning*. Oxford and Portland, OR: Hart.

BAGHRAMIAN, Maria (2004). *Relativism*. London and New York: Routledge.

BAGHRAMIAN, Maria and CARTER, J. Adam (2015). "Relativism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de Invierno de 2016), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/relativism/>

BAKER, Edwin (1986). "Limitations on Basic Human Rights—A View from the United States", en A. de Mestral *et al.* (eds), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law / La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*. Cowansville: Yvon Blais, pp. 75-102.

BARAK, Aharon (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. (trad. D. Kalir). Cambridge: Cambridge University Press.

BARATTA, Roberto (2000). "Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, pp. 413-425.

BATES, Ed (2010). *The Evolution of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

BAYÓN, Juan Carlos (1991a). *La normatividad de derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

————— (1991b). "Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón excluyente' en Joseph Raz", *Doxa*, No. 10, pp. 25-66.

————— (2004). "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp.67-138.

BEITZ, Charles (2009). *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

BENAVIDES, María Angélica (2009). "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Ius et Praxis*, Vol. 15, No. 1, pp. 295-310.

BENTHAM, Jeremy (1931). *The Theory of Legislation* (trad. R. Hildreth; ed. C.K. Ogden). London: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd.

————— (1970). *Of Laws in General* (ed. H.L.A. Hart). London and Beccles: University of London Press / The Athlone Press.

————— (1987). "Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution", en J. Waldron (ed), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London and New York: Methuen, pp. 46-76.

————— (2005). *Teoría de las ficciones* (trad. H. Goicochea). Madrid: Marcial Pons.

————— (2010). *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (ed P. Schofield). Oxford: Clarendon Press.

BENNION, F.A.R. (1997). *Statutory Interpretation. A Code (Third Edition)*. London; Dublin; Edimburgh: Butterworths.

BENVENISTI, Eyal (1999). “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 31, No. 4, pp. 843-854.

BERLIN, Isaiah (1964). “Rationality of Value Judgments”, en C. Friedrich (ed.), *Nomos VII. Rational decision* (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy). New York: Atherton Press. 1964, pp. 221-223.

——— (1983). *Conceptos y categorías* (trad. F. González). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

——— (1999). “Mi andadura intelectual”, en P. Badillo O’Farrell y E. Bocardo Crespo (eds.), *Isaiah Berlin. La mirada despierta de la historia* (trad. P. Badillo O’Farrell). Madrid: Tecnos, pp. 55-81.

——— (2002). *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas* (H. Hardy ed.; trad. J.M. Álvarez Flórez). Barcelona: Ediciones península.

——— (2004). *Sobre la libertad* (trad. J. Bayón, A. Rivero, N. Rodríguez y B. Urrutia; ed. H. Hardy y A. Rivero). Madrid: Alianza.

——— (2006). *Political Ideas in the Romantic Age*. Princeton, NJ and Oxford: Princeton University Press.

BERLIN, Isaiah y WILLIAMS, Bernard (1994). “Pluralism and Liberalism: a Reply”, *Political Studies*, Vol. XLII, No. 2 pp. 306-309.

BESSION, Samantha (2005). *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing.

——— (2011). “The Erga Omnes Effect of Judgements of the European Court of Human Rights”, en de la misma *La Cour Européenne des droits de l’homme après le Protocole 14 - Premier bilan perspectives*. Zurich: Schulthess, pp. p. 125-175.

——— (2013). “Justifications”, en D. Moeckli *et al.* (eds.), *International Human Rights Law* (2nd edition). Oxford: Oxford University Press, pp. 34-52.

——— (2014). “La structure et la nature de droits de l’homme”, en M. Hottelier y M. Hertig (eds), *Introduction aux droits de l’homme*. Bruxelles: Bruylant, pp. 19-38.

——— (2016). “Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 61, No. 1, pp. 69-107.

BESSION, Samantha and TASIOULAS, John (2010). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

BIANCHI, Andrea (2008). “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3, pp. 491–508.

BLACK, Henry Campbell (1911). *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws (Second Edition)*. St. Paul, MN: West Publishing.

BLATTBERG, Charles (2017). “Review to Laurence Brockliss and Ritchie Robertson (eds.), Isaiah Berlin and the Enlightenment”, *Notre Dame Philosophical Reviews. An Electronic Journal*, 21 de Marzo de 2017. [Disponible en: <http://ndpr.nd.edu/news/isaiah-berlin-and-the-enlightenment/>]

BOROWSKI, Martin (2007). “Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of The European Union”, *Legisprudence*, Vol. 1, No. 2, pp. 197-240.

BOYD, Richard (1988). "How to be a Moral Realist", en G. Sayre-McCord (ed.), *Essays on Moral Realism*. Ithaca, NY: Cornell University Press, pp. 181-228.

BREMS, Eva (1996). "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law*, Vol 56, No. 1-2, pp. 240-314.

————— (2001). *Human Rights: Universality and Diversity*. The Hague, Boston and London: Martinus Nijhoff Publishers.

BREMS, Eva and GERARDS, Janneke (eds.) (2013). *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

BRINK, David O. (1989). *Moral Realism and the Foundations of Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.

BRIONES, Irene (2009). "El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 10, pp. 17-82.

BROWER, Bruce W. (1993). "Dispositional Ethical Realism", *Ethics*, Vol. 103, No. 2, pp. 221-249.

BUCHANAN, Allen (2013). *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

BUCHANAN, Allen and GOLOVE, D. (2002). "Philosophy of International Law", en J.L. Coleman and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.

BULYGIN, Eugenio (1995). "Cognition and Interpretation of Law" y "Some Replies to Critics", en L. Gianformaggio and S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: Giappichelli, pp. 11-35 y 305-313.

CALLEWAERT, Johan (1998). "Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?", *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1, pp. 6 - 9.

CALSAMIGLIA, Albert (2012). "Ensayo sobre Dworkin", Prólogo a R. Dworkin (2012a). *Los derechos en serio* (trad. M. gustavino). Barcelona: Ariel, pp.7-29.

CANÇADO TRINDADE, Antônio (1987). "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanism of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Level)", en *Recueil des Cours Académie de Droit International/ Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Tomo 202, Año 1987-II, pp.9-435.

CAROZZA, Paolo G. (1998). "Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, No. 5, pp. 1217-1238.

CELANO, Bruno (2012). "True Exceptions: Defeasibility and Particularism", en J. Ferrer Beltrán and G. Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press.

CHANG, Ruth (ed.) (1997). *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press.

————— (2004). "All things considered", *Philosophical Perspectives*, Vol. 18, No. 1, pp. 1-22.

- CHAHUÁN, Marcela (2013). “La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política”, *Acta Bioethica*, Vol.19, No.1, pp. 49-57.
- CHAPPELL, Sophie Grace (ed.) (2015). *Intuition, Theory, and Anti-Theory in Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- CHERNISS, Joshua (2013). *A Mind and Its Time: The Development of Isaiah Berlin’s Thought*. Oxford: Oxford University Press.
- CHRISTOFFERSEN, Jonas (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- (2010). “Straight “Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter”, *Scandinavian Studies In Law*, No. 55, pp. 11-44.
- (2011). “Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?”, en J. Christoffersen y M. Rask Madsen, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 181-203.
- CLARKE, Stanley (1987). “Anti-Theory in Ethics”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 24, No. 3, pp. 237-244.
- CLAYTON, Richard and TOMLINSON, Hugh (2000). *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- COMANDUCCI, Paolo (2012). “Tomando a Kelsen en serio: réplica a Bulygin sobre la cláusula alternativa tácita”, en G. A. Ramírez Cleves (ed.), *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 441-459.
- CONDÉ, H. Victor (2004). *A Handbook of International Human Rights Terminology*. Lincoln and London: University of Nebraska Press.
- CONSEJO DE EUROPA (1975). *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” / Recueil des “Travaux Préparatoires”*, Volume I. La Haya: Martinus Nijhoff.
- (1976). *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights / Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Volume III. La Haya: Martinus Nijhoff.
- (2014). *Guía práctica de admisibilidad* (trad. Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado - Ministerio de Justicia - España). Strasbourg: Department of the Jurisconsult.
- (2017). *Overview 1959-2016 ECHR*. Strasbourg: Public Relations Unit of European Court of Human Rights.
- CONSEIL D’ÉTAT (2014). “Le juge administratif et l’expression des convictions religieuses”, *Les dossiers thématiques du Conseil d’État*, 25 de noviembre de 2014 [disponible en: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-l-expression-des-convictions-religieuses>]
- CROWDER, George (1994), “Pluralism and Liberalism”, *Political Studies*, Vol. XLII, No. 2, pp. 293-305.
- (1996). “Communication: Isaiah Berlin and Bernard Williams: Pluralism and Liberalism, a Reply”, *Political Studies*, Vol. XLIV, No. 4, pp. 649-651.
- (1998), “John Gray’s Pluralist Critique of Liberalism”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 15, No. 3, pp. 287-298.

- (2004). *Isaiah Berlin. Liberty and Pluralism*. Cambridge: Polity Press.
- (2015). “Value Pluralism, Diversity and Liberalism”. *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 18, No. 3, pp. 549-564.
- DELMAS-MARTY, Mireille (1992). “The Richness of Underlying Legal Reasoning”, en M. Delmas-Marty and C. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 319-341.
- (1994). *Pour un droit commun*. Paris: Éditions du Seuil.
- DELMAS-MARTY, Mireille y SOULIER, Gérard (1992). “Introduction. Restraining or Legitimizing the Reason of State”, en M. Delmas-Marty and C. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 7-14.
- DELAPP, Kevin Michael (2009). “The Merits of Dispositional Moral Realism”, *The Journal of Value Inquiry*, Vol. 43, No. 1, pp. 1-18.
- DUARTE D’ALMEIDA (2015a). “Defining ‘Defences’”, en A. Dyson, J. Goudkamp y F. Wilmot-Smith (eds.), *Defences in Tort*. Oxford, Portland y Oregon: Hart Publishing, pp. 35-52.
- (2015b). *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DONNELLY, Jack (1982). “Human Rights as Natural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 3, pp. 391-405.
- (1984). “Cultural Relativism and Universal Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, No. 4, pp. 400-419.
- (2007). “The Relative Universality of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, No. 2, pp. 281-306.
- (2008). “Human Rights: Both Universal and Relative (A Reply to Michael Goodhart)”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1, pp. 194-204.
- (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca and London: Cornell University Press.
- DWORKIN, Ronald (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, MA; London, England: Harvard University Press.
- (1986). *Law’s Empire*. Cambridge MA and London: Harvard University Press.
- (1996). “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, pp. 87-139
- (2001). “Do Liberal Values Conflict?”, en R. Dworkin, M. Lilla y R. Silvers (eds.) (2001). *The Legacy of Isaiah Berlin*. New York: New York Review of Books, pp. 73-90.
- (2006). *Justice in Robes*. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

————— (2007). “El postscript de Hart y el sentido de la filosofía política”, en del mismo *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina). Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 159-204.

————— (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

————— (2012a). *Los derechos en serio* (trad. M. gustavino). Barcelona: Ariel.

————— (2012b). *El imperio de la justicia* (trad. C. Ferrari). Barcelona: Gedisa.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin (2015). *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

ELLIOTT, Mark (2012). “After Brighton: between a rock and a hard place”, *Public Law*, No. 4, pp. 619-628.

EVANS, Malcolm (2008). *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas* (Council of Europe Manuals. Human Rights in Culturally Diverse Societies). Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publisher.

FALLON, Richard (2010). “Is Moral Reasoning a Conceptual Interpretation”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, pp. 535-550.

FABBRINI, Federico (2015). “The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison”, en M. Andenas, E. Borge and G. Bianco (eds), *A Future for the Margin of Appreciation?* (por aparecer 2015). [Disponible en *iCourts Working Paper Series*, No. 15, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2552542>].

FEINBERG, Joel (1970). “The Nature and Value of Rights”, *The Journal of Value Inquiry*, Vol. 4, No. 4, pp. 243-257.

————— (1978). “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 7, No. 2, pp. 93-123. Reimpresa en *The Tanner Lectures on Human Values*. Vol. 1, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.

————— (1992). “The Social Importance of Moral Rights”, *Philosophical Perspectives*, Vol. 6, pp. 175-198.

FERRER, Jordi (2011). “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en J. Ferrer, M. Gascón, D. González y M. Taruffo, *Estudios sobre la prueba*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

FINNIS, John (2000). *Ley natural y derechos naturales* (trad. C. Orrego Sánchez). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FISCHER, Peter (1998). “Is There a European Identity in the Field of Law? Some Considerations on the Nature and Scope of the European Law”, en G. Hafner *et al.*, *Liber Amicorum. Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*. The Hague: Kluwer, pp. 157-173.

FØLLESDAL, Andreas (2016a). “Squaring the Circle at the Battle at Brighton: Is the War between Protecting Human Rights or Respecting Sovereignty Over, or Has it Just Begun?”, en O. M. Arnardóttir and A. Buyse (eds) (2016), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*. Londres: Routledge, pp. 189-204. [Disponible en *PluriCourts Research Paper* No. 15-10, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2642403>].

———— (2016b). “Subsidiarity and International Human Rights Courts: Respecting Self Governance and Protecting Human Rights – or Neither?”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 79, No. 2, pp. 147-163.

FØLLESDAL, Andreas, PETERS, Birgit y ULFSTEIN, Geir (eds.) (2013). *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press.

FOTION, Nick (2014). *Theory vs. Anti-theory in Ethics: A Misconceived Conflict*. Oxford: Oxford University Press.

FRANTZIOU, Eleni (2014). “The margin of appreciation doctrine in European human rights law”, *UCL Briefing – October 2014*. [Disponible en: https://www.ucl.ac.uk/public-policy/public-policy-briefings/European_human_rights_law].

FREEMAN, Michael (2013). “Universalism of human rights and cultural relativism”, en S. Sheeran and N. Rodley (eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Routledge (pp. 49-61).

FROMEIN, Jochen Abr. (1984). “Jus Cogens”, en R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam; New York; Oxford: North-Holland, pp. 327-330.

GAJA, Giorgio (1981). “*Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*”, en *Recueil des Cours Académie de Droit International/ Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Tomo 172, Año 1981-III, pp. 271-316.

GALSTON, William (2002). *Liberal Pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press.

———— (2006). “Foreword: Ambivalent Fascination. Isaiah Berlin and Political Romanticism”, en I. Berlin, *Political Ideas in the Romantic Age* (2nd edition). Princeton, NJ and Oxford: Princeton University Press, pp. xi-xxii.

GARCÍA CARACUEL, Manuel (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson.

GARCÍA ROCA, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989). “Algo más acerca del 'coto vedado’”, *Doxa*, No. 6, pp. 209-213.

———— (2003). “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del 'coto vedado' a nivel internacional”, *Derechos y Libertades*, No. 12, Año VIII, pp. 57-69.

GERARDS, Janneke (2011). “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, pp. 80-120.

———— (2013). “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 2, pp. 466-490.

GEWIRTH, Alan (1982). *Human Rights: Essays on Justification and Applications*. Chicago, IL: University of Chicago Press

GILL, M. AND NICHOLS, S. (2008). “Sentimentalist Pluralism: Moral Psychology and Philosophical Ethics”, *Philosophical Issues*, 18: 143-163.

GOODHART, Michael (2003). “Origins and Universality in the Human Rights Debates: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pp. 935-964.

———— (2008). “Neither Relative nor Universal: A Response to Donnelly”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1, pp. 183-193.

GOODIN, Robert (2007). "Enfranchising all affected interests, and its alternatives", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 35, No. 1, pp. 40–68.

GOLSONG, Heribert (1993). "Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?", en R. St. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 147-162.

GRAY, John (1993). *Post-Liberalism. Studies in Political Thought*. New York y London: Routledge.

——— (1998). "Where Pluralists and Liberals Part Company", *International Journal of Philosophical Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 17-36.

——— (2013). *Isaiah Berlin: An Interpretation of His Thought*. Princeton: Princeton University Press.

GREER, Steven (1997). *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing Human Rights Files No. 15.

——— (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing Human Rights Files No. 17.

——— (2006). *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*. Cambridge: Cambridge University Press.

——— (2011). "Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the *Gäfgen* Case", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 1, pp. 67-89.

——— (2015). "Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading

Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law?", *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 1, pp. 101-137.

GRIFFIN, James (2008). *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

——— (2015). "The Relativity and Ethnocentricity of Human Rights", en R. Cruft, S. M. Liao and M. Renzo, *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

HARBO, Tor-Inge (2015). *The Function of Proportionality Analysis in the European Law*. Leiden and Boston: Brill Nijhoff.

HARMAN, Gilbert (1975). "Moral Relativism Defended", *The Philosophical Review*, Vol. 84, No. 1, pp. 3-22.

——— (1996). "Moral Relativism", en G. Harman and J.J. Thomson, *Moral Relativism and Moral Objectivity*. Cambridge, MA; Oxford: Blackwell, pp. 1-64.

HART, H.L.A. (1955). "Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, pp. 175-191.

——— (1982). *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.

——— (1997). *The Concept of Law* (2nd edition). Oxford: Oxford University Press.

HARRIS, Ian (2004). "Berlin y sus críticos", en I. Berlin, *Sobre la libertad* (ed. H. Hardy, trad. A. Rivero). Madrid: Alianza, pp. 391-408.

- HELPER, Laurence (1993). “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, No. 1, pp. 133-165.
- HERINGA, Aalt (1996). “The ‘Consensus Principle’. The role of ‘common law’ in the ECHR case law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, pp. 108-145.
- HOOKE, Brad (2012). “Theory versus Anti-theory in Ethics”, en HEUER, Ulrike and LANG, Gerald (comp.) (2012), *Luck, Value, and Commitment: Themes From the Ethics of Bernard Williams*, Oxford, UK: OUP, pp. 19-40.
- HORGAN, Terry and TIMMONS, Mark (eds.) (2006). *Metaethics after Moore*. Oxford: Oxford University Press.
- HOVIUS, Berend (1985). “The Limitation Clauses of The European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter?”, *Ottawa Law Review*, Vol 17, No. 2, pp. 213-261.
- HUME, David (1992). *Tratado de la naturaleza humana* (trad. F. Duque). Madrid: Tecnos.
- HUSTER, Stefan *et al.* (2009). *Estado y cultura*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- HSIEH, Nien-hê (2008). “Incommensurable Values”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de Otoño 2008), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/value-incommensurable/>.
- HONORÉ, A.M. (1977). “Real Laws”, en P.M.S. Hacker and J. Raz, *Law, Morality, and Society*. Oxford: CLarendon Press.
- HOOKE, Brad (2012). “Theory versus Anti-theory in Ethics”, en U. Heuer y G. Lang, *Luck, Value and Commitment. Themes from the Ethics of Bernard Williams*. Oxford: Oxford University Press, pp. 19-40.
- IACONA, Andrea (2008). “Faultless or Disagreement”, en M. García-Carpintero and M. Kölbel, *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press, pp. 288-296.
- IGLESIAS, Marisa (2013). “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, SELA 2013, pp. 1-38.
- IGNATIEFF, Michael (1999). *Isaiah Berlin: su vida*. Madrid: Taurus.
- (2016). “Second Thoughts of a Biographer”, en L. Brockliss and R. Robertson, *Isaiah Berlin and the Enlightenment*. Oxford: Oxford University Press, pp. 220-228.
- KELSEN, Hans (1986). *Teoría pura del derecho* (trad. R.J. Vernengo). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2008). “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 6, No. 12, pp. 183-198.
- KLATT, Matthias (2011). “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law (ZaöRV)*, Vol. 71, No. 4, pp. 691-718.
- KOHEN, (2005). “The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency”, *Human Rights Review*, Vol. 7, No. 1, pp. 49–75.
- KOLB, Robert (2015). *Peremptory International Law – Jus Cogens. A General Inventory*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing.

KÖLBEL, Max (2003). “Faultless Disagreement”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 104, No. 1, pp. 53-73.

——— (2008). “Introduction: Motivations for Relativism”, en M. García-Carpintero and M. Kölbel, *Relative Truth*. Oxford University Press, pp. 1-38.

KOJI, Teraya (2001). “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 5, pp. 917-941.

KADELBACH, Stefan (2006). “Jus Cogens, Obligations *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, en C. Tomuschat and J-M Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*. Leiden and Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 21-40.

KYMLICKA, Will (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press.

LABORDE, Cécile (2008). *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

LAMPRECHT, Sarah (2015). “Reforms to Lessen the influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?”, *European Public Law*, Vol. 21, No. 2, pp. 257-284.

LAPORTA, Francisco (1987). “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, *Doxa*, No. 4, pp. 23-46.

LARIGUET, Guillermo (2006) “Conflictos trágicos genuinos y respuesta correcta en torno a algunas ideas de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, No. 246, pp. 205-222.

LASAGABASTER, Iñaki (2004). “El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, No. 69, Fasc. 1, pp. 235-250.

LEGG, Andrew (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*.

LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

——— (2010). “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, pp. 509-541.

——— (2013a). “The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy”, en A. Føllesdal, B. Peters y G. Ulfstein (eds.) (2013). *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 106-141.

——— (2013b). “The Scope and Balancing of Rights. Diagnostic or Constitutive?”, en E. Brems y J. Gerards (eds.) (2013), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 38-64.

——— (2017). “Revisiting the Margin of Appreciation: A Reply to Andreas Føllesdal”, en A. Etinson (ed), *Human Rights: Legal or Political?*. Oxford: Oxford University Press (por aparecer en 2017).

LIFANTE, Isabel (2015). “El Derecho como práctica inrepretativa”, en J.M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pp. 161-180).

LINDERFALK, Ulf (2011). “The Creation of *Jus Cogens* – Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law (ZaöRV)*, Vol. 71, No. 2, pp. 359-378.

- LIJNZAAD, Elisabeth (1994). *Reservations to UN-Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?* Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers.
- LLOREDO ALIX, Luis (2012). *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista*. Madrid: Dykinson.
- (2014). “La recepción de Rudolf von Jhering en Europa: un estudio histórico comparado”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 17, pp. 203-250.
- LOEWE, Daniel (2009). “Los derechos humanos y el derecho de gentes en John Rawls”, *Episteme* (nueva serie), Vol. 29, No. 2, pp. 19-40.
- LONG, Marceu *et al.* (2001). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Dalloz.
- LÓPEZ DE SA, Dan (2008). “Presuppositions of Commonality: An Indexical Relativist Account of Disagreement”, en M. García-Carpintero and M. Kölbel, *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press, pp. 298-310.
- (2012). “What does it take to enter into the circumstance?”, *Philosophical Studies*, Vol. 159, No. 1, pp. 147-153.
- (2015). “Expressing Disagreement: A Presuppositional Indexical Contextualist Relativist Account”, *Erkenntnis*, Vol. 80, Supl. 1, pp. 153-165.
- LÓPEZ-SIDRO, Ángel (2003). “Breve comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Alemania, de de 24 de septiembre de 2003 (2 BvR 1436/02), sobre el velo islámico de una profesora en centro escolar público”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, No. 3, pp. 1-3.
- (2013). “Limitaciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, No. 32, pp. 1-47.
- LUKES, Steven (1991). *Moral conflict and politics*. Oxford, England: Oxford University Press.
- (1998). “Isaiah Berlin: In conversation with Steven Lukes”, *Salmagundi*, No. 120, pp. 52-134.
- LUPU, Yonatan and VOETEN, Erik (2010). “The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations”, 2010, Paper 12. [Disponible en: http://opensiuc.lib.siu.edu/pnconfs_2010/12]
- LUQUE, PAU (2013). “Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía”, *Doxa*, No. 36, pp. 439-460.
- LUQUE, Pau y RATTI, Giovanni (eds.). *Acordes y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- LYONS, David (1990). *In the Interest of the Governed. A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*. Oxford: Clarendon Press.
- MACCORMICK, Neil (1977). “Rights in Legislation”, en P.M.S. Hacker and J. Raz (ed.), *Law, Morality, and Society*. Oxford: Oxford University Press, pp. 189-209.
- (1995). “Defeasibility in Law and Logic”, en Z. Bankowski *et al.* (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, pp. 99-117.
- MACDONALD, Ronald St. John (1987). “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en VV.AA., *Le Droit international à l'heure de sa codification: étude en l'honneur de Roberto Ago / Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione: studi in onore di Roberto Ago / International law at the time of its codification: essays in honour of Roberto Ago* (Università di Genova. Istituto di diritto internazionale e della navigazione della Facoltà di giurisprudenza). Milan: Giuffrè, pp. 185-208.

————— (1992). “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en A. Chapman y F. Emmert (eds.), *Collected Courses of the Academy of European Law* (Yearbook), 1990, Vol. I-2: The Protection of Human Rights in Europe. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers (pp. 95-161).

————— (1993). “The Margin of Appreciation”, en R. St. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers (pp. 83-124).

MACINTYRE, Alasdair (2004). *Tras la virtud* (trad. A. Valcárcel). Barcelona: Crítica.

MADISON, James (2003). “The Federalist No. 51”, en A. Hamilton, J. Madison and J. Jay, *The Federalist with Letters of ‘Brutus’* (ed. T. Ball). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 251-255.

MAGEE, Brian (1993). “Una introducción a la filosofía. Diálogo con Isaiah Berlin”, en del mismo *Los hombres detrás de las ideas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 17-46.

MAHONEY, Paul (1998). “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1, pp. 1-6.

MARTÍ, José Luis (2006). *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.

MARTIN, Rex (1993). *A System of Rights*. Oxford: Clarendon Press.

MARTÍN, María y MÜLLER-GRUNE, Sven (2004). “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, No. 70, pp. 313-336.

MARTÍNEZ, David (2000). “El pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo y la inconmensurabilidad”, *Revista Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 109, pp. 173-199.

————— (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.

————— (2008). “Dilemas morales y derecho”, *Discusiones*, No. 8, pp. 17-54.

MARTÍNEZ ESTAY, José (2014). “Auto-restricción, deferencia, y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, No. 1, pp. 365-396.

MATSCHER, Franz (1993). “Methods of Interpretation of the Convention”, en R. St. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 63-81.

MCDOWELL, John (1988). “Values and Secondary Qualities” en G. Sayre-McCord, *Essays on Moral Realism*. Ithaca y London: Cornell University Press, pp. 166-180.

MCHARG, Aileen (1999). “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, Vol. 62, No. 5, pp. 671-696.

MERON, Theodore (1986). “On a Hierarchy of International Human Rights”, *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 1, pp. 1-23.

MERRILLS, J.G. (1993). *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester: Manchester University Press.

MOMIGLIANO, Arnaldo (1976). “On the Pioneer Trail”, *New York Review of Books*, No. 11 de noviembre, pp. 33-38.

- MOORE, G.E. (1922). *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOORE, Matthew (2009). “Pluralism, Relativism, and Liberalism”, *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 2, pp. 244-256.
- MORESO, J.J. (1986). “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, *Doxa*, No. 3, pp. 129-139.
- (1992). *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona: PPU.
- (2005). “Cristina redondo sobre razones y normas”, *Discusiones*, No.5, Año 2005, pp.67-85.
- (2007). “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 223-248.
- (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2010). “Tomates, hongos y significado jurídico”, en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís, y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 15-48.
- (2012a). “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, *Ratio Iuris*, Vo. 25, No. 1, pp. 31-46.
- (2012b). “Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos”, en P. Luque y G. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, pp. 229-240.
- (2012c). “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 28, pp. 119-140.
- (2013). “Jeremy Bentham: Luces y sombras”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 47, pp. 221-248.
- (2014). “Bentham’s Deontic Logic”, en G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. London: Routledge, pp. 71-80.
- MORESO, J.J. Y VILAJOSANA, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons,
- MOSLER, Hermann (1976). *The International Society as a Legal Community*, en *Collected Courses, The Hague Academy of International Law*, Vol. 140, No. IV. Leyde: Sijthoff.
- NAGEL, Thomas (1989). *The view from nowhere*. New York, N.Y.; Oxford, England: Oxford University Press.
- NEUMAN, Gerald L. (2013). “Subsidiarity”, en SHELTON, Dinah (ed.) (2013). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford Univeristy Press, pp. 360-378.
- NEWY, Glen (1997). “Metaphysics Postponed: Liberalism, Pluralism, and Neutrality”, *Political Studies*, Vol. 45, No. 2, pp. 296-311.
- NICKEL, James (2014). “Human Rights”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de Invierno 2014), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/rights-human/>.
- NOWAK, Manfred (2007). “The Need for a World Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, No. 1, pp. 251-259.

ORELLANA BENADO (2010), “Negociación moral”, en M. E. Orellana Benado (comp.), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, pp. 261-280.

——— (2011). *Prójimos lejanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales Publicaciones.

O’DONNELL, Thomas (1982). “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 4, pp. 474-507.

ORAÁ, Jaime (1992). *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Oxford: Clarendon Press.

ORAKHELASHVILI, Alexander (2006). *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.

OST, François (1992). “The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights”, en M. Delmas-Marty and C. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 238-318.

PAHUD DE MORTANGES, René (2010). “Religion and the Secular State in Switzerland”, en J. Martínez Torró y W. Cole Durham (eds.), *Religion and the Secular State / La religion et l’État laïque*. Provo, UT: The International Center for Law and Religion Studies, Brigham Young University, pp. 687-699.

PICONE, Paolo (2011). “The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, pp. 411-424.

PILDES, Richard (1998). “Why Rights are not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. S2, pp. 725-763.

RAWLS, John (1980). “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9, pp. 515-572.

——— (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

——— (2001). *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral* (trad. A. de Francisco). Barcelona: Paidós.

——— (1999a). *A Theory of Justice* (Revised Edition). Cambridge, MA: The Belknap Press.

——— (1999b). *The Law of Peoples*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

RAZ, Joseph (1980). *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.

——— (1984). “On the Nature of Rights”, *Mind, New Series*, Vol. 93, No. 370, pp. 194-214.

——— (1988). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

——— (2006). “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, Vol. 90, No. 4, pp. 1003-1044.

——— (2010). “Human Rights without Foundations”, en S. Besson y J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 321-337.

REDONDO, Cristina (2005). “Razones y normas”, *Discusiones*, No.5, Año 2005, pp. 29-66.

RÓDENAS, Ángeles (2006). “La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba”, *Doxa*, No. 29, pp. 177-193.

REIMANN, Mathias (1995). “A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany*”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, pp. 403-432.

RICHARDSON, Henry (2013). “Moral reasoning”, en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-moral/>].

RIVERO, Jean y WALINE, Jean (1998). *Droit administratif*. Paris: Dalloz.

RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica (2014). *Law and Authority under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing.

RUDA, J.M. (1975). “Reservations to treaties”, en *Recueil des Cours Académie de Droit International/Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Tomo 146. Año 1975, pp. 95–218.

RUIZ MANERO, Juan (1995). “On Tacit Alternative Clause”, en L. Gianformaggio and S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. Turín: G. Giappichelli Editore, pp. 247-255.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2013). *Laicidad y Constitución*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

SAUNDERS, Ben (2011). “Defining the demos”, *Politics, Philosophy & Economics*, Vol. 11, No. 3, pp. 280–301.

SCANLON, T.M. (2003). *Lo que nos debemos unos a otros* (trad. E. Weikert). Barcelona: Paidós.

SCHATZKI, Theodore (1996). *Social practices. A Wittgensteinian Approach to Human Activity and the Social*. Cambridge: Cambridge University Press.

SCHAUER, Frederick (1981). “Can Rights be Abused?”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 124, pp. 225-230.

——— (1991). “Exceptions”, *The University of Chicago Law Review*, Vol 58, No. 3, pp. 871-899.

SCHEININ, Martin (2013). “European Human Rights as Universal Rights. In defence of a Holistic Understanding of Human Rights”, en E. Brems and J. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 259-270.

SCHOKKENBROEK, Jeroen (1998). “The Basis, Nature, and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1, pp. 30-36.

SCHWARZENBERGER, Georg (1965). “International *Jus Cogens*”, *Texas Law Review*, Vol. 43, No. 4, pp. 455-478.

SHAFER-LANDAU, Russ (1995). “Specifying Absolute Rights”, *Arizona Law Review*, Vol. 37, No. 1, pp. 209-225.

——— (2003). *Moral Realism: A Defence*. Oxford: Clarendon Press.

——— (2010). “The possibility of metaethics”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, pp. 479-496.

- SHANY, Yuval (2006). "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *The European Journal of International Law* Vol. 16, No.5, pp. 907-940.
- SHELTON, Dinah (ed.) (2013). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.
- SHKLAR, Judith (2004). "The Liberalism of Fear", en S.P. Young (ed.), *Political Liberalism. Variations on a Theme*. Albany: State University of New York Press, pp. 149-166.
- SIMMA, Bruno (1998). "Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments", en G. Hafner et al. (eds.), *Liber Amicorum. Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*. The Hague: Kluwer, pp. 559-682.
- SKOGLY, Sigrun (2010). "Extraterritoriality: universal human rights without universal obligations?", en S. Joseph and A. McBeth (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*. Cheltenham, UK and Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 71-96.
- SKORUPSKI, John (1996). "Value-Pluralism", en D. Archard (ed.), *Philosophy and Pluralism*. Cambridge, England: Cambridge University Press, pp. 101-115.
- SMART, J.J.C. y WILLIAMS, Bernard (1973). *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- SMET, Stijn (2013). "Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, No. 3, pp. 469-498.
- SOLANES, Ángeles (2015). "Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, No. 31, pp. 62-91.
- SPÄNI, Martina (2003). "The Organization of Public Schools along Religious Lines and the End of the Swiss Confessional States", *Archives de sciences sociales des religions*, Año 48, No. 121, pp. 101-114.
- SPIELMAN, Dean (2013). "Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Speech at Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg* [disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf].
- (2014). "Whither the Margin of Appreciation?", *UCL Current Legal Problems (CLP) lecture* [disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf].
- SOLUM, Lawrence (2010). "The Unity of Interpretation", *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, pp. 551-578.
- SOTTIAUX, Stefan (2008). *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing.
- STAVROPOULOS, Nicos (2003). "Interpretivist Theories of Law", en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>].
- STEINER, Hillel (1977). "The Structure of a Set of Compossible Rights", *The Journal of Philosophy*, Vol. 74, No. 12, pp. 767-775.
- STERNE, Laurence (1993). *Vida y opiniones del caballero Tristram Shandy* (trad. J.A. López de Letona). Madrid: Cátedra.

STONE, Julius (1985). *Precedent and the Law. Dynamics of Common Law Growth*. Sydney; Melbourne; Brisbane; Adelaide; Perth; Canberra; Hobart: Butterworths.

SUNSTEIN, Cass (1995). "Incompletely Theorized Agreements", *Harvard Law Review*, Vol. 108, No. 7, pp. 1733-1772.

STONE SWEET, Alec (2008). "The Reception of the ECHR in National Legal Orders", en H. Keller and A. Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press, pp. 4-26.

STONE SWEET, Alec and MATHEWS, Jud (2008). "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, No. 1, pp.72-164.

SWEENEY, James (2005). "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, pp. 459-474.

TASIOULAS, John (2010). "Chapter 4: The Legitimacy of International Law", en BESSON, Samantha and TASIOULAS, John, *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 97-116.

TAVERNIER, Paul (2006). "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?", en C. Tomuschat and J-M Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*. Leiden and Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1-20

TORRES PÉREZ, Aida (2009). *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.

TOMUSCHAT, Christian (2013). "Democracy and the rule of Law", en D. Shelton (ed.) (2013), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 469-496.

VAN BOVEN, Theodoor (1982). "Distinguishing Criteria of Human Rights", en K. Vasak (ed.), *The International Dimension of Human Rights*, Vol I. Paris: UNESCO, pp. 43-59.

VAN DER SCHYFF, Gerhard (2005). *Limitation of Rights. A Study of European Convention and the South African Bill of Rights*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

VAN DIJK, Pieter *et al.* (eds) (1990). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Second Edition). Deventer and Boston: Kluwer.

——— (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Fourth Edition). Antwerpen and Oxford: Intersentia.

VEITCH, Scott (1999). *Moral Conflict and Legal Reasoning*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

VERDROSS, Alfred (1966). "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 1, pp. 55-63.

VON CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr (2004). "The German Headscarf Debate", *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2004, No. 2, pp. 665-699.

WALDRON, Jeremy (1987). "Nonsense upon stilts? - a reply", en J. Waldron (ed), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London and New York: Methuen, pp. 151-209.

——— (1993). *Liberal Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

- (2000). “Pildes on Dworkin's Theory of Rights”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, pp. 301-307.
- (2002). “One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation”, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 59, No. 1, pp. 3-34.
- (2005a). *Derecho y desacuerdos* (trad. J.L. Martí y A. Quiroga). Madrid: Marcial Pons.
- (2005b). “Torture and Positive Law.: Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6, pp. 1681-1750.
- (2010). “Questions about the Reasonable Accommodation of Minorities”, en R. Ahdar and N. Aroney (eds.), *Shari'a in the West*. Oxford: Oxford University Press, pp. 103-113.
- (2012). *Dignity, Rank and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). “Political Political Theory: An Inaugural Lecture”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 21, No. 1, pp. 1-23.
- (2015). “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, en R. Cruft, M. Liao and M. Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 118-137.
- (2016). “Isaiah Berlin's Neglect of Enlightenment Constitutionalism”, en L. Brockliss and R. Robertson, *Isaiah Berlin and the Enlightenment*. Oxford: Oxford University Press, pp. 206-219.
- WALLACE, R. Jay (2008). “Practical reason”, en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/>].
- WEBBER, Grégoire C.N. (2009). *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2016). “Proportionality and Absolute Rights”, por aparecer en V. Jackson and M. Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-24.
- WELLMAN, Carl (1987). “Social Justice and Human Rights”, *Persona y Derecho*, Vol. 17, pp. 199-214.
- (2010). *The Moral Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- WHITE, Robin and OVEY, Clare (2010). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- WIGGINS, David (1998). *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value* (3rd edition). Oxford: Basil Blackwell.
- WILDHABER, Luzius (2011). “Rethinking the European Court of Human Rights”, en J. Christoffersen and M.R. Madsen (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 204-229.
- WILLIAMS, Bernard (1993). *La Fortuna moral. Ensayos filosóficos, 1973-1980* (trad. S. Marín). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- WILLIAMS, Glanville (1988). “The Logic of ‘Exceptions’”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 47, No. 2, pp. 261-295.
- YOUROW, Howard Charles (1996). *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

ZINN, Charles (1958). "Provisos and Exceptions in Statutory Composition", American Bar Association Journal, Vol. 44, No. 3, pp. 269-271.

ZUCCA, Lorenzo (2012). "Monism and Fundamental Rights", en J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.

ZYSSET, Alain (2017). *The ECHR and Human Rights Theory. Reconciling the Moral and the Political Conceptions*. London and New York: Routledge.

Referencias jurisprudenciales:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (disponibles en HUDOC database: <http://hudoc.echr.coe.int>).⁴⁷⁷

A and others v. United Kingdom, aplicación No. 3455/05, sentencia de 19 de febrero de 2009.

A, B and C v. Ireland, aplicación 25579/05, sentencia de 16 de diciembre de 2010.

Ahmet Arslan and Others v. Turkey, aplicación No. 41135/98, sentencia 4 de octubre de 2010.

Bayatyan v. Armenia, aplicación No. 23459/03, sentencia de 7 de julio de 2011.

Belgian Linguistic ("Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium" v. Belgium, aplicaciones Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968.

Brogan and Others v. United Kingdom, aplicaciones Nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, sentencia de 29 de noviembre de 1988.

Buckley v. United Kingdom, aplicación 20348/92, sentencia de 25 de septiembre de 1996.

Casado Coca v. Spain, aplicación No. 15450/89, sentencia de 24 de febrero de 1994.

Costello-Roberts v. the United Kingdom, aplicación No. 13134/87, sentencia de 25 de marzo de 1993.

Chahal v. United Kingdom, aplicación No. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996.

Dahlab v. Switzerland, aplicación No. 42393/98, decisión sobre admisibilidad, 15 de febrero de 2001.

De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium, aplicaciones Nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 junio de 1971.

Dickson v. United Kingdom, aplicación No. 44362/04, sentencia de 4 de diciembre de 2007.

Dudgeon v. United Kingdom, aplicación No. 7525/76, sentencia de 22 de octubre de 1981.

Engel and Others v. The Netherlands, aplicaciones Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72, sentencia de 8 de junio de 1976.

Eweida and Others v. United Kingdom, aplicaciones Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, sentencia de 15 de enero de 2013.

⁴⁷⁷ Incluye sentencias y decisiones del Tribunal e informes y decisiones de la extinta Comisión.

Gäfgen v. Germany, aplicación No. 22978/05, sentencia de 1 de junio de 2010 (rectificada 3 de junio de 2010).

Gitonas and Others v. Greece, aplicaciones Nos. 18747/91, 19376/92, 19379/92, sentencia de 1 de julio de 1997.

Golder v. United Kingdom, aplicación No. 4451/70, sentencia de 21 de febrero de 1975.

Gorzelik and Others v. Poland, aplicación No. 44158/98, sentencia de 17 de febrero de 2004.

Greece v. United Kingdom, aplicación No. 176/56, informe de la Comisión, 26 de septiembre de 1958.

Handyside v. United Kingdom, aplicación No. 5493/72, sentencia de 7 de diciembre de 1976.

Hutten-Czapska v Poland, aplicación 35014/97, sentencia de 19 de junio de 2006.

Inze v. Austria, aplicación No. 8695/79, sentencia de 28 de octubre de 1987.

Ireland v. United Kingdom, aplicación No. 5310/71, sentencia del 18 de enero de 1978.

Johnson v. United Kingdom, aplicación No. 10389/83, decisión de la Comisión, 17 de julio de 1986.

Johnston and others v. Ireland, aplicación No. 9697/82, sentencia de 18 de diciembre de 1986.

Klass and others v. Germany, aplicación No. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978.

Kokkinakis v. Greece, aplicación No. 14307/88, sentencia de 25 de mayo de 1993.

Köse and Others v. Turkey, aplicación No. 26625/02, decisión sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

Kurtulmuş v. Turkey, aplicación No. 65500/01, decisión sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

Lautsi and others v. Italy, aplicación No. 30814/2006, sentencia de 18 de marzo de 2011.

Lawless v. Ireland, aplicación No. 332/57, informe de la Comisión de 19 de diciembre de 1959.

Leyla Şahin v. Turkey, aplicación No. 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005.

Lingens v. Austria, aplicación No. 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986.

Manoussakis and Others v. Greece, aplicación No. 18748/91, sentencia de 26 de septiembre de 1996.

Marckx v. Belgium, aplicación No. 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1976.

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, aplicación No. 9267/81, sentencia de 2 de marzo de 1987.

McCann and others v. United Kingdom, aplicación No. 18984/91, sentencia de 27 de septiembre de 1995.

Mentzen (aka Mencena) v. Latvia, aplicación No. 71074/01, decisión sobre admisibilidad, 7 de diciembre de 2004.

Modinos v. Cyprus, aplicación No. 15070/89, sentencia de 22 de abril de 1993.

Murray v. United Kingdom, aplicación No. 14310/88, sentencia de 28 de octubre de 1994.

Caso Neumeister v. Austria, aplicación No. 1936/63, sentencia de 27 de junio de 1968.

Norris v. Ireland, aplicación No. 10581/83, sentencia de 26 de octubre de 1988.

Otto-Preminger-Institut v. Austria, aplicación No. 13470/87, sentencia de 20 de septiembre de 1994.

Rasmussen v. Denmark, aplicación No. 877/79, sentencia de 28 de noviembre de 1984.

Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, aplicaciones Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, sentencia de 13 de febrero de 2003.

S.A.S. v. France, aplicación No. 43835/11, sentencia del 1 de julio de 2014.

Selmouni v. France, aplicación No. 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999.

Sigurdur Sigurjónsson v. Iceland, aplicación No. 16130/90, sentencia de 30 de junio de 1993.

Soering v. United Kingdom, aplicación 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989.

Slivenko v. Latvia, aplicación No. 48321/99, sentencia de 9 de octubre de 2003.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, aplicaciones Nos. 7151/75 y 7152/75, sentencia de 23 septiembre de 1982.

Sutherland v. United Kingdom, aplicación No. 25186/94, decisión de la Comisión, 21 de mayo de 1996.

The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. United Kingdom, aplicaciones Nos. 21319/93, 21449/93 y 21675/93, sentencia de 23 de octubre de 1997.

The Sunday Times v. United Kingdom (No. 1), aplicación No. 6538/74, sentencia 26 de abril de 1979.

Tyrer v. United Kingdom, aplicación No. 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1978.

Van der Musselle v. Belgium, aplicación No. 8919/80, sentencia de 23 noviembre de 1983.

Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2), aplicación No. 32772/02, sentencia de 30 de junio de 2009.

Vermeire v. Belgium, aplicación No. 12849/87, sentencia de 29 de noviembre de 1991.

Vo v. France, aplicación No. 53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004.

Vogt v. Germany, aplicación No. 17851/91, sentencia de 26 de septiembre de 1995.

X v. Federal Republic of Germany, aplicación No. 5935/72, decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1975.

X v. United Kingdom, aplicación No. 7215/75, informe de la Comisión, 12 de octubre de 1978.

Young, James and Webster v. United Kingdom, aplicaciones Nos. 7601/76; 7806/77, sentencia de 13 de agosto de 1981.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Neira Alegría y otros Vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 13, Serie C No. 20, Serie C No. 29.

Corte Internacional de Justicia

Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), sentencia de 5 de febrero de 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), sentencia de 3 de febrero de 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Alemania: Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG)

Decisión de la primera sala de 27 de enero de 2015 (1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10).

Decisión de la segunda sala de 24 de septiembre de 2003 (2 BvR 1436/02).

Canadá: Corte Suprema de Canadá

R. v. Smith (Edward Dewey), sentencia de 25 de junio de 1987, reporte [1987] 1 SCR 1045.

Estados Unidos: Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

Prinz v. Federal Republic of Germany, sentencia de 1 de julio de 1994, Nos. 92-7247, 93-7006.

Francia: Consejo de Estado y Consejo Constitucional.

Conseil Constitutionnel, sentencia de 11 de febrero de 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, No. 201 2-297 QPC.

Conseil d'Etat, decisión de 6 abril de 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, Nos. 219379, 221699 y 221700.

Suiza: Tribunal federal (BGE).

Bundesgericht / Tribunal fédéral/ Tribunale federale, sentencia de 12 de noviembre de 1997, X. *contra Conseil d'Etat du canton de Genève (recours de droit public)*, 123 | 296 "Kopftuchfall".