



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

ISSN: 2346-2051

Universidad Externado de Colombia

DOTHAN, SHAI

La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo***
Revista Derecho del Estado, núm. 52, 2022, Mayo-Agosto, pp. 5-36
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337674338001>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

UNEM redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo^{***_****}

Judicial Deference allows European Consensus to Emerge

RESUMEN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) indaga en políticas de derechos humanos adoptadas por la mayoría de los países de Europa. Utilizando una doctrina conocida como el “consenso emergente”, el Tribunal impone tales políticas como una obligación jurídica internacional a todos los países bajo su jurisdicción. Sin embargo, en ocasiones, el TEDH cede ante los Estados, incluso si sus políticas no están a la altura del estándar aceptado por la mayoría de los países de Europa. Esta deferencia se logra utilizando la doctrina llamada “margen de apreciación”. Naturalmente, el consenso emergente y el margen de apreciación se conciben, a menudo, como doctrinas en competencia: cuanto más hay de una, menos hay de otra. En el presente artículo se sugiere una nueva justificación de la doctrina del consenso emergente:

* Profesor asociado de Derecho Internacional y Derecho Público (titular) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Copenhague, afiliada a iCourts - Centro de Excelencia para Tribunales Internacionales de la Fundación Nacional de Investigación de Dinamarca. Doctor, magíster y licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Tel Aviv.

** El autor agradece a Mads Andenas, Julian Arato, Patrick Barry, Or Bassok, Eyal Benvenisti, Lisa Bernstein, Eirik Bjorge, David Thór Björgvinsson, Andreas Føllesdal, Olga Frishman, Tom Ginsburg, Jonathan Lewy, Mikael Rask Madsen, Ariel Porat, Giovanni Ramello y Jens T. Theilen por las muchas conversaciones y comentarios instructivos. Agradezco a los participantes en la conferencia “¿Un futuro para el margen de apreciación en el derecho internacional?”, el Foro de Derecho Internacional de la Universidad Hebrea de Jerusalén, el Seminario de la Facultad de Derecho del Centro Interdisciplinario Herzliya, el Seminario de Derechos Múltiples de la Universidad de Oslo, la Conferencia Fundadora de ICON-S Israel y la Reunión Anual 2017 de la Asociación Alemana de Derecho y Economía. Esta investigación está financiada por la Fundación Nacional de Investigación de Dinamarca (Subvención n.º DNRF105) y se lleva a cabo bajo los auspicios de iCourts, el Centro de Excelencia para Tribunales Internacionales de la Fundación Nacional de Investigación de Dinamarca.

*** Recibido el 13 de mayo de 2020, aprobado el 1 de noviembre de 2021.

Para citar el artículo: DOTHAN, S. *La deferencia judicial permite que surja el consenso europeo*. J. Tello Mendoza (trad.). En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N° 52, mayo-agosto de 2022, 5-36.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.01>

**** Publicado originalmente en inglés: DOTHAN, S. *Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge*. En *Chi. J. Int'l. L.* 18, 392, 2018. Traducción de Juan Alonso Tello Mendoza,

la doctrina puede permitir que el TEDH formule buenas políticas recurriendo a la toma de decisiones independiente de muchos países similares. A la luz de ello, el documento demuestra que una aplicación correcta de la doctrina del margen de apreciación ayuda, realmente, a que el consenso emergente alcance resultados óptimos, al dar a los países un incentivo para elaborar sus políticas de forma independiente.

PALABRAS CLAVE

Margen de apreciación, consenso emergente, TEDH.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECHR) searches for human rights policies that are adopted by the majority of the countries in Europe. Using a doctrine known as “emerging consensus,” the court then imposes these policies as an international legal obligation on all the countries under its jurisdiction. But the ECHR sometimes defers to countries, even if their policies fall short of the standard accepted by most of the countries in Europe. This deference is accomplished by using the so-called “margin of appreciation” doctrine. Naturally, emerging consensus and margin of appreciation are often conceived as competing doctrines: the more there is of one, the less there is of another. This article suggests a novel rationale for the emerging consensus doctrine: the doctrine can allow the ECHR to make good policies by drawing on the independent decision-making of many similar countries. In light of that, the article demonstrates that a correct application of the margin of appreciation doctrine actually helps emerging consensus reach optimal results by giving countries an incentive to make their policies independently.

KEYWORDS

Margin of appreciation, emerging consensus, ECHR.

SUMARIO

Introducción. 1. Las doctrinas del consenso emergente y el margen de apreciación. 2. Por qué el consenso puede conducir a buenas políticas. 2.1. Aplicando el Teorema del Jurado. 2.2. Críticas potenciales. 3. Cumpliendo la condición de similitud. 4. Asegurando un consenso genuino. 4.1. El TEDH

doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Barcelona, magíster en Derechos Humanos por la Universidad de Navarra y licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: juan.tellom@ub.edu ORCID ID: 0000-0003-3329-6525.

manipula sus decisiones para evitar la confrontación. 4.2. El TEDH retrasa sus decisiones para evitar la confrontación. 4.3. El consenso puede inducir a los países a seguir a una mayoría percibida. 5. Cuando el consenso emergente no puede ser descubierto. 5.1. La ley sigue en proceso de cambio. 5.2. Elección entre varias opciones. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un tribunal regional de derechos humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), que supervisa el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Convenio)¹. El Convenio garantiza a los individuos derechos humanos básicos como el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a un juicio justo, entre muchos otros. Además, el Convenio permite a los individuos presentar solicitudes directamente al Tribunal contra los países que presuntamente violaron sus derechos².

La jurisdicción del TEDH abarca cuarenta y siete países europeos con un total de 800 millones de ciudadanos³. Desde su creación en 1959, el Tribunal ha dictado aproximadamente 20.000 sentencias⁴, lo que lo convierte en el tribunal internacional más prolífico de la historia⁵. Además, ha examinado más de 700.000 solicitudes⁶, la mayoría de ellas presentadas por personas que alegan que sus derechos fueron vulnerados⁷. Es difícil exagerar el impacto del TEDH en la vida de los europeos. El Tribunal también sirvió de modelo para la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte

1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222.

2 Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby, art. 34, Nov. 11, 1994, E.T.S. No. 155.

3 European Court of Human Rights. *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights* 16 (2010). Disponible en: <https://perma.cc/2GFN-7W35>.

4 European Court of Human Rights. *ECHR Overview 1959-2016*, 3 (2017). Disponible en: <https://perma.cc/5PS7-L3MV>

5 ICHIM, O. *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights* I. 2015.

6 European Court of Human Rights. *ECHR Overview 1959-2016*, cit., 4.

7 “Una persona, una organización no gubernamental o un grupo de individuos que hayan sido víctimas de una violación por parte de un país miembro pueden presentar una solicitud de acuerdo con el artículo 34 del Convenio. Aunque, en virtud del artículo 33 del Convenio, el Tribunal también puede recibir solicitudes de países miembros del Convenio en relación con violaciones cometidas respecto de otros, estas solicitudes representan solo una parte de las presentadas”. POPOVIC, D. *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Creighton L. Rev.* 42, 2009, 361, 372.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, extendiendo su influencia mucho más allá de Europa⁸.

Los académicos han observado que el TEDH está empezando a comportarse como un tribunal constitucional que no solo ayuda a solicitantes concretos, sino que también trata de mejorar la protección de los derechos humanos en toda Europa⁹. Han estudiado al TEDH como un prototipo de tribunal internacional eficaz y han descrito¹⁰ las tácticas judiciales utilizadas por este para lograr su enorme poder¹¹.

Pero, a pesar de todos los elogios de los académicos, el TEDH está bajo constante fuego de la prensa y de los políticos europeos¹². Mucha gente piensa que el Tribunal se está extralimitando e invadiendo la soberanía de los países. Se ha criticado al TEDH por dificultar la extradición de criminales y sospechosos de terrorismo fuera de Europa¹³, y por tratar de obligar a los países europeos a permitir el voto de los prisioneros¹⁴.

8 European Court of Human Rights. *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights* 16 (2010), cit., 16.

9 JACKSON J. Broniowski v. Poland: *A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court*. En *Conn. L. Rev.* 39, 759, 2006, 777-781.

10 HELFER L. y SLAUGHTER, A. *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*. En *Yale L. J.* 107, 1997, 273 (explicando cómo las lecciones exitosas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del TEDH podrían ser utilizadas para mejorar otros tribunales internacionales).

11 DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*. En *Chi. J. Int'l. L.* 12, 2011, 115; DOTHAN, S. *Reputation and Judicial Tactics: A Theory of National and International Courts*. 2015, 212-261.

12 VOETEN, E. *Public Opinion and the Legitimacy of International Courts*. En *Theoretical Inq. L.* 14, 2013, 411, 418 (que muestra cómo, tras las severas críticas al TEDH en la prensa británica, se produjo un fuerte descenso en el apoyo al Tribunal por parte del público de dicho país).

13 *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, 2012-I Eur. Ct. H.R. 159. En este caso, el TEDH impidió la deportación de un clérigo musulmán extremista a Jordania porque iba a ser juzgado allí por terrorismo, puesto que el Tribunal temía que el juicio se basara en pruebas obtenidas de otras personas bajo tortura. El clérigo fue finalmente extraditado tras una larga lucha legal. Véase asimismo A. A. v. *United Kingdom*, 2011 Eur. Ct. H.R. En este caso, el Tribunal impidió la deportación de un nigeriano que fue condenado por violación a los 15 años. Los lazos sociales que el demandante desarrolló en Gran Bretaña fueron la razón para impedir la deportación. Los medios de comunicación británicos fulminaron esta sentencia. Véase SLACK, J. *Social Ties Keep Rapists in Britain*. En *The Daily Mail*. 21 de septiembre de 2011. Disponible en: <https://perma.cc/EV58-5HAW>

14 Véase *Hirst v. United Kingdom* (No. 2), 2005-IX Eur. Ct. H.R. 187. En este caso, el TEDH decidió que una prohibición general del voto de los prisioneros viola el Convenio. Véase *Greens & M.T. v. United Kingdom*, 2010-VI Eur. Ct. H.R. 57. En este caso, el TEDH exigió al Reino Unido que cambiara sus leyes sobre la privación de derechos de los prisioneros en un plazo de seis meses. Los políticos británicos se mostraron increíblemente críticos con estas sentencias y el ex primer ministro británico David Cameron llegó incluso a afirmar que conceder el derecho de voto a los presos le ponía "físicamente enfermo". Véase HOUGH, A. *Prisoner Vote: What MPs said in Heated Debate*. En *The Telegraph*. 11 de febrero de 2011. Disponible en: <https://perma.cc/C8FT-A7MX>

Algunos países están tratando de presionar al TEDH para que incremente su deferencia con las autoridades nacionales y frene su activismo judicial. El Tribunal ha utilizado, tradicionalmente, una doctrina denominada “margen de apreciación” para justificar su deferencia con respecto a las políticas de los países. Esta doctrina no se menciona en el Convenio, y a algunos países les preocupaba que el TEDH no la utilizara con la suficiente frecuencia. Para abordar este problema, los representantes de todos los Estados miembros acordaron, en abril de 2012, la Declaración de Brighton, en la que se solicita al Tribunal que aplique el margen de apreciación de manera coherente y, además, se pide la inclusión de la doctrina del margen de apreciación en el preámbulo del Convenio¹⁵. Tras la Declaración de Brighton se redactó un nuevo protocolo, el Protocolo 15, para enmendar el Convenio. Este Protocolo menciona, específicamente, que los Estados disfrutaban de un margen de apreciación. Además, de conformidad con la Declaración de Brighton, este refiere al principio de subsidiariedad, según el cual los Estados tienen la responsabilidad primordial de proteger los derechos consagrados en el Convenio¹⁶. El principio de subsidiariedad proporciona la justificación estándar para el margen de apreciación concedido a los países europeos, en reconocimiento de su especial capacidad para hacer políticas adecuadas y legítimas para sus propios ciudadanos, utilizando sus propios procedimientos democráticos¹⁷. Hasta el momento, el Protocolo 15 ha sido ratificado por treinta y seis países europeos y firmado por otros nueve¹⁸. Aunque el Protocolo no entrará en vigor hasta que lo hayan ratificado los cuarenta y siete miembros del Convenio, los académicos han argumentado que el TEDH ya ha empezado a contenerse en respuesta a esta poderosa reacción¹⁹.

¿Conducirá la deferencia a una disminución del vasto impacto judicial del Tribunal? No necesariamente. Este artículo destaca un beneficio contraintuitivo de la doctrina del margen de apreciación. Sorprendentemente, el margen de apreciación puede ayudar en el uso correcto de lo que muchos ven como su mayor rival: la doctrina del “consenso emergente”.

15 European Court of Human Rights. *Brighton Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*. 20 de abril de 2012, 3-4, § 12. Disponible en: <https://perma.cc/QW3G-2W9Y>

16 Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 1, 24 de junio de 2013, ETS No. 213.

17 SHANY, Y. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* En *Eur. J. Int'l L.* 16, 907, 912, 2005, 918-922.

18 Véase la lista de ratificaciones y firmantes actualizada al 12 de julio de 2017, en *Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 213*, Council of Europe. 14 de octubre de 2017. Disponible en: <https://perma.cc/E3FQ-KXNJ> [El Protocolo 15 entró en vigor el 1 de agosto de 2021 tras lograr la firma y ratificación de todos los miembros del Convenio (nota del trad.)].

19 MADSEN, M. R. *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?* En *J. Int'l. Dispute Settlement*. 9, 199-222. 10.1093/jnlids/idx016. Disponible en: <https://perma.cc/4UCA-TD4Y>

La doctrina del consenso emergente es utilizada por el TEDH para descubrir los estándares mínimos de derechos humanos que son respetados por, al menos, *la mayoría* de los países europeos. Este estándar mínimo es, seguidamente, exigido a *todos* los Estados. Aquellos que no lo otorguen, serán considerados por el Tribunal como violadores del Convenio.

El consenso emergente puede justificarse a la luz de un simple modelo matemático llamado Teorema del Jurado de Condorcet. Este modelo estipula que un voto mayoritario en un grupo de decisores similares, que deciden de forma independiente, tiene más probabilidades de ser correcto que la elección individual de cada uno de los decisores. El problema de utilizar el Teorema del Jurado para justificar el consenso emergente es que no todos los países europeos son similares en todos los aspectos, y algunos de ellos pueden estar motivados para no decidir independientemente.

Es aquí donde la doctrina del margen de apreciación puede ayudar a la correcta aplicación del consenso emergente. Sin duda, si un país es fundamentalmente diferente del resto de Europa, ha de concedérsele un margen de apreciación y el TEDH no debe obligarlo a ajustarse a las políticas de países disímiles. La capacidad del margen de apreciación para ayudar a satisfacer la condición de una toma de decisión independiente es, ligeramente, menos evidente. El margen de apreciación permite al Tribunal proporcionar una orientación rápida a los países europeos sin que, en realidad, se descubra una violación y se corra el riesgo de una confrontación política. Esto disminuye el incentivo de los países para imitar las políticas de sus vecinos. Además, el margen de apreciación permite al TEDH proporcionar una advertencia adecuada sobre el contenido del consenso emergente antes de encontrar a cualquier país en violación. Esto último disminuye el incentivo de los países para tratar de conjeturar por sí mismos hacia dónde se dirige el consenso europeo y para seguirlo con el fin de anticiparse a futuros hallazgos de violaciones en su contra.

Existen también casos en los que el consenso emergente no puede ayudar al Tribunal a descubrir buenas políticas. En primer lugar, cuando los países se encuentran aún deliberando sobre lo que la norma debería ser, el TEDH no puede aprender mucho de sus vigentes posiciones jurídicas. En segundo lugar, cuando los países pueden elegir entre varias opciones jurídicas basadas en un balance de varias consideraciones conflictivas, la lógica del Teorema del Jurado se rompe. Estos casos dan lugar a la llamada Paradoja de Condorcet, una situación en la que las opciones de los miembros del grupo no pueden agregarse para formar una verdadera decisión mayoritaria. En estas situaciones, el TEDH debe evitar el consenso emergente. Puede decidir hacerlo concediendo al Estado utilizar el margen de apreciación. Pero también puede decidir intervenir y encontrar una violación basándose en otras doctrinas a su disposición.

En la sección 1 se describen las doctrinas del consenso emergente y el margen de apreciación tal como se aplican en el TEDH. En la sección 2 se señala que la aplicación del consenso emergente podría justificarse como conducente a los beneficios informativos del Teorema del Jurado y se examinan las posibles críticas a este argumento. En la sección 3 se destaca que la utilización del margen de apreciación, por parte del Tribunal, para conceder deferencia a los países que difieren del resto de Europa puede mantener las buenas políticas defendidas por estos países. En la sección 4 se destacan las situaciones en las que, aunque el uso del margen de apreciación por parte del TEDH pudiese mantener políticas de países que resultan inferiores al consenso europeo, el uso del margen de apreciación es esencial para permitir la correcta identificación del consenso europeo por parte del Tribunal e incentivar a los países a decidir de manera independiente. En la sección 5 se abordan las situaciones en que no se puede descubrir adecuadamente el consenso emergente. La última sección concluye el trabajo.

1. LAS DOCTRINAS DEL CONSENSO EMERGENTE Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN

La doctrina del consenso emergente orienta al TEDH a tener en cuenta los puntos de vista actuales sobre las políticas de derechos humanos al interpretar el Convenio. Por lo tanto, sirve como una herramienta para adaptar el significado del Convenio a las condiciones cambiantes a lo largo del tiempo²⁰. Existen tres comprensiones comunes sobre esta doctrina. La primera sugiere que ella orienta al Tribunal a considerar las leyes de los países europeos. La segunda sugiere que la doctrina orienta al TEDH a considerar las opiniones de los expertos. La tercera sugiere que la doctrina orienta al Tribunal a considerar las opiniones del público europeo²¹. Pruebas empíricas recientes revelan que el TEDH, de hecho, sigue una versión del primer entendimiento; si la mayoría de los países europeos protegen un determinado derecho humano, el TEDH interpreta que el Convenio protege ese derecho y determina que los países que lo infringen violan el Convenio²².

20 *Tyrer v. United Kingdom*, 26 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978), § 31 (indicando que el TEDH debería interpretar el Convenio a la luz de las condiciones actuales, incluida la evolución de las leyes de los países europeos).

21 HELFER, L. *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*. En *Cornell Int'l L. J.* 26, 1993, 133, 139.

22 HELFER, L. y VOETEN, E. *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*. En *Int'l Org.* 68, 2014, 77, 106; véase asimismo DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. 2015, 12, 37 (explicando que el TEDH usualmente identificará un consenso emergente incluso si los países de Europa no son unánimes, pero muestran una convergencia hacia la protección de un determinado derecho, protegido por una mayoría significativa de Estados).

Una entrevista con un ex juez del TEDH confirma que la división de investigación del Tribunal suele preparar un análisis comparativo de las leyes de todos, o al menos la mayoría, de los países de Europa para ayudar a los jueces en los casos de la Gran Sala, casos jurídicamente relevantes que se remiten a un panel de diecisiete jueces²³. El informe comparativo incluirá, en ocasiones, una breve descripción de la legislación de cada país europeo, pero a veces se limitará a responder a una simple pregunta idéntica sobre las disposiciones de la legislación de cada país. Si una mayoría sustancial de los países de Europa ha adoptado una solución jurídica o si un poco más de la mitad de los países han adoptado una solución que parece apoyarse en una tendencia europea creciente, este es un argumento que los jueces pueden utilizar a favor de la adopción de tal solución jurídica como la interpretación correcta del Convenio. En ocasiones, el análisis comparativo preparado para los jueces es solo un instrumento de apoyo menor; no obstante, a veces afecta al resultado, ocasionando que los jueces mencionen el argumento del consenso emergente en su sentencia. Los jueces no siempre siguen el consenso emergente en Europa, siendo, en oportunidades, criticados por los jueces disidentes por desviarse de este. Los jueces pueden ser persuadidos de no seguir el consenso emergente debido a argumentos basados en el margen de apreciación o en el respeto a los profundos valores morales de los países²⁴.

La doctrina del margen de apreciación orienta al TEDH a conceder a los países europeos cierto margen de maniobra para elaborar sus propias políticas sin considerarlas violatorias del Convenio. La amplitud del margen de apreciación determina el espacio de maniobra concedido a los países. Cuanto más estrecho sea el margen de apreciación, más probable será que el Tribunal considere que un país ha violado el Convenio; y cuanto más amplio sea el margen de apreciación, más probable será que el TEDH dé la razón al país y no lo considere transgresor. En los fallos del Tribunal se enumeran una serie de factores que determinan la amplitud del margen de apreciación. Entre ellos figuran el tipo de derechos infringidos por el país, los intereses en juego y los objetivos perseguidos por el país cuando infringió los derechos²⁵. Un factor clave que determina la amplitud del margen de apreciación es la existencia de un consenso europeo sobre la cuestión.

El TEDH decidió que si no existe un consenso europeo sobre la protección de un determinado derecho humano, el margen de apreciación concedido a los países será más amplio que si existiera dicho consenso europeo²⁶. El

23 Entrevista con David Thór Björgvinsson, ex juez del TEDH (13 de septiembre de 2016).

24 *Ibid.*

25 *Dickson v. United Kingdom*, 2007-V Eur. Ct. H.R. 99, 127-128, §§ 77-78; SPIELMANN, D. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* En *Cambridge Y.B. Int'l Legal Stud.* K. Armstrong *et al.* (eds.). 14, 2012, 318, 390-403.

26 *Evans v. United Kingdom*, 2007-I Eur. Ct. H.R. 353, 382, § 77.

margen de apreciación y el consenso emergente son, por tanto, doctrinas que compiten entre sí. Cuanto más capaz sea el Tribunal de identificar un consenso europeo sobre una cuestión, más estrecho será el margen de apreciación que conceda a los países. Y cuanto menos capaz sea de identificar un consenso europeo, mayor será el margen de apreciación que conceda a los países²⁷.

2. POR QUÉ EL CONSENSO EMERGENTE PUEDE CONducIR A BUENAS POLÍTICAS

2.1. Aplicando el Teorema del Jurado

Una intuición común es que si muchos decisores consideran un problema y prefieren una determinada política frente a otras, esta política es probablemente buena y, por lo tanto, merecedora de ser seguida por otros. El filósofo francés del siglo XVIII Nicolás de Condorcet desarrolló un modelo que apoya esta intuición, conocido como el Teorema del Jurado. Según este, si un grupo de decisores tiene que elegir entre dos opciones, y cada uno de ellos tiene una igual probabilidad superior al cincuenta por ciento de alcanzar el resultado correcto, entonces es más probable que la decisión de la mayoría del grupo sea correcta frente a la de cualquier decisor individual. El teorema sostiene que cuanto mayor sea el grupo de decisores, mayor será la probabilidad de que la decisión de la mayoría sea correcta²⁸.

Para que el Teorema del Jurado funcione, los decisores deben cumplir dos condiciones: deben ser similares entre sí; de lo contrario, la opción elegida por uno puede no adaptarse, necesariamente, a las de otros; y deben decidir de modo independiente, absteniéndose de seguir las decisiones de otros; de lo contrario, los decisores adicionales no minimizan el riesgo de error.

Algunos académicos sostienen que el Teorema del Jurado implica que los Estados deben utilizar el derecho comparado para aprender de las experiencias de otros países²⁹. Dado que los países hacen evaluaciones informadas

27 HELFER, L. y SLAUGHTER, A. *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, cit., 316-317; BENVENISTI, E. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*. En *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 31, 843, 1999, 85.

28 Para ilustrar el poder del Teorema del Jurado, considérese este sencillo ejemplo numérico. Imagínesse un grupo de personas que deciden por mayoría y en el que cada persona tiene un 60% de probabilidades de acertar. Si el grupo tiene cinco miembros, la probabilidad de que la decisión del grupo sea correcta es del 68,3%. Para once miembros, la probabilidad es del 75,3%. Para veintidós miembros, es del 82,6%. Para cincuenta y un miembros, es del 92,6%. Si cada responsable de la toma de decisiones tiene una probabilidad del 70% de acertar, los resultados son aún más extremos. Cinco miembros tendrían un 83,7% de probabilidad de acertar, once miembros tendrían un 92,2% de probabilidad. Veintidós miembros tendrían una probabilidad del 97,4%. Con cincuenta y un miembros, el resultado correcto está prácticamente garantizado: la probabilidad de acertar es del 99,9%.

29 POSNER, E. y SUNSTEIN, C. *The Law of Other States*. En *Stan. L. Rev.* 59, 2006, 131.

y sofisticadas sobre las políticas que deberían adoptar, se asemejan a los decisores con más probabilidades de decidir correctamente que de errar. Por ende, los países cumplen la condición básica para la aplicabilidad del Teorema del Jurado. Esto significa que es probable que la mayoría de los países del mundo, o de una región específica, adopten mejores políticas que las que cada país puede adoptar por sí solo. En consecuencia, la doctrina de consenso emergente, que orienta al TEDH a seguir las políticas utilizadas por la mayoría de los países europeos, lleva al Tribunal a adoptar buenas políticas de derechos humanos.

Sin embargo, el consenso emergente solo conducirá a buenas políticas cuando los países cumplan las condiciones para la aplicabilidad del Teorema del Jurado. En otras palabras, vale la pena seguir el consenso emergente solo en la medida en que los países considerados sean similares y formulen sus políticas de manera independiente. Este artículo sostiene que el TEDH puede utilizar el margen de apreciación para limitar la aplicación del consenso emergente solo a situaciones con países similares entre sí. Sostiene, además, que una utilización adecuada del margen de apreciación incentivaría a los países a decidir independientemente.

2.2. *Críticas potenciales*

Cabe mencionar en este punto que aquella afirmación según la cual es probable que la mayoría de los países decidan correctamente no está exenta de críticas. Después de todo, también podría desarrollarse un consenso europeo que restrinja los derechos humanos en lugar de protegerlos³⁰. Se puede argumentar, por ejemplo, que los países están gobernados por mayorías políticas que sirven a los intereses de algunos sectores de la sociedad a expensas de los derechos de las minorías. En consecuencia, las políticas nacionales de toda Europa –no solo en el país cuyo caso se presenta ante el tribunal– van a discriminar a las minorías³¹.

No obstante, los académicos que han analizado la aplicación real del consenso emergente por el TEDH sugieren que esta doctrina, de hecho, se utiliza a menudo para proteger a las minorías. El Tribunal a veces ha utilizado el consenso emergente para justificar la intervención y la aplicación de estándares más elevados para la protección de minorías. Cuando el consenso europeo viola los derechos de las minorías, el TEDH a menudo utiliza su discreción y decide no seguirlo. Además, los estándares de protección de los derechos

30 BRAUCH, J. *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*. En *Colum. J. Eur. L.* 11, 113, 2005, 146-147; CAROZZA, P. *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Notre Dame L. Rev.* 73, 1998, 1217, 1231.

31 BENVENISTI, E. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, cit., 851.

humanos, en Europa, concretamente, ya son bastante elevados, lo que justifica el uso del consenso emergente para aprender de las prácticas de la mayoría de los países europeos³².

En teoría, incluso si cada país tuviese minorías y las discriminase de ciertas maneras, no habría razón para pensar que todos los países discriminarían a las mismas minorías de la misma manera e impulsarían el consenso europeo en la misma dirección. Si la mayoría de los países no discrimina de la misma manera, no se conformará un consenso europeo perjudicial. Por ejemplo, si un tercio de los países violase el derecho de las minorías a un juicio justo, otro tercio perjudicase su libertad de expresión y otro tercio violase su privacidad, la doctrina del consenso emergente obligaría a todos los países a proteger los tres derechos. Después de todo, el Teorema del Jurado se basa en la idea de que los decisores individuales pueden estar sesgados, pero como no están sesgados en la misma dirección, sus sesgos se equilibrarán y la opinión de la mayoría será óptima³³.

En caso de prevalente y persistente sesgo contra las minorías, la deferencia al país no es mejor opción que seguir el consenso europeo. Por el contrario, los académicos han sostenido que el TEDH debería intervenir más en los casos que conciernen a derechos de las minorías, pues las políticas nacionales son, naturalmente, sospechosas en tal ámbito³⁴. Existe, incluso, cierta evidencia de que el TEDH, en realidad, concede a los países un margen de apreciación más estrecho en casos referidos a minorías³⁵. Aun si no se pudiese confiar en la mayoría europea en estas cuestiones, cualquier país individual sería todavía menos confiable.

Si el Tribunal no puede basarse en el consenso emergente en los casos que implican un sesgo persistente contra una cierta minoría, puede teóricamente basarse en principios morales abstractos para justificar la intervención. A veces, esta es la única opción razonable. El problema es que los principios morales son discutibles y, por lo tanto, su aplicación puede ser arbitraria y

32 DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, cit., 122-129.

33 STEARNS, M. *The Condorcet Jury Theorem and Judicial Decisionmaking: A Reply to Saul Levmore*. En *Theoretical Inq. L.* 3, 2002, 125, 130-131.

34 BENVENISTI, E. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, cit.; DOTHAN, S. *In Defence of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights*. En *Cambridge J. Int'l & Comp. L.* 3, 2014, 508, 520-523.

35 LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. 2012, 27-31; STADEN, A. *The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*. En *Int'l J. Const. L.* 10, 2012, 1023, 1042; ARNARDÓTTIR, O. *The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights*. En *Hum. Rts. L. Rev.* 14, 2014, 647, 664-665.

puede perjudicar la legitimidad de la decisión del TEDH³⁶. Todo esto hace que la confianza en el consenso emergente sea una herramienta imperfecta, pero probablemente el menor de todos los males.

Se podría aun pensar en otro desafío teórico al uso del consenso emergente para promover la protección de los derechos humanos en toda Europa. La doctrina del consenso emergente es utilizada por el TEDH para establecer un mínimo, un “piso”, de estándares de derechos humanos que se exigen a todos los países. Los países tienen permitido, por supuesto, conceder *más* protección que este piso; solo se les exige que no concedan *menos* protección. El problema es que los derechos humanos suelen ser relacionales: proteger un derecho implica, inevitablemente, restringir otro, formando un “techo” para su protección³⁷. Si el Tribunal protege la libertad de expresión de los periodistas, por ejemplo, limitará el derecho a la intimidad de las celebridades.

Este desafío no plantea ningún problema para la aplicación de la doctrina del consenso emergente, aunque requiere cierto grado de habilidad retórica de los jueces. El Teorema del Jurado es útil, precisamente, porque puede ayudar a resolver dilemas reales en los que cada elección tiene tanto ventajas como desventajas. Cuando se viola un derecho, incluso si ello implica la protección de otros derechos, el TEDH puede examinar la práctica de todos los países de Europa y analizar si estos admiten dicha violación. Si la mayoría de los países no la tolera, ya sea porque no consideran suficientemente importante la protección concomitante de otros derechos o por cualquier otra razón, la doctrina del consenso emergente aconsejaría al tribunal considerar la práctica del país en cuestión como una violación del Convenio. Este instrumento judicial refleja la ventaja decisoria del Teorema del Jurado.

3. CUMPLIENDO LA CONDICIÓN DE SIMILITUD

Los países, generalmente, configuran sus regímenes de derechos humanos en función de los intereses de sus ciudadanos³⁸. Cuando los países son similares entre sí, es probable que el régimen jurídico elegido por cada país resulte beneficioso también para los ciudadanos de otros países. Todos los países difieren entre sí en muchas dimensiones, pero algunas de las diferencias entre los países son irrelevantes para ciertas opciones jurídicas. Por el contrario,

36 DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, 117-118.

37 FABBRINI, F. *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*. 2014, 38-39.

38 SHANY, Y. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., 920 (argumentando que los regímenes de derechos humanos elegidos por cada país no crean externalidades significativas en los demás países, lo que implica que los países no tienen que contrarrestar la influencia extranjera y, en cambio, pueden moldear sus regímenes jurídicos para que se adapten a los intereses de sus ciudadanos).

los atributos singulares de un país deberían afectar a otras opciones jurídicas. Si la diferencia entre los países es relevante para la naturaleza del régimen jurídico preferido, la experiencia de otros países es una herramienta menos útil para descubrir la legislación adecuada.

Las diferencias entre los países europeos son, probablemente, menos significativas que las diferencias entre los países de todo el mundo. Todos los países del Consejo de Europa son democracias³⁹ y comparten la misma región. Muchos de ellos comparten también una herencia común y unos ideales políticos similares. Esto sugiere que el uso del consenso emergente al interior de Europa puede conducir a mejores resultados que el uso del derecho comparado para aprender de países alrededor del mundo.

Dicho esto, algunos países europeos difieren de otros en aspectos jurídicamente relevantes. Si un país es diferente del resto de Europa, las normas adoptadas por estos Estados pueden no ser beneficiosas para los ciudadanos de aquel. En esos casos, el TEDH debería conceder un margen de apreciación más amplio y dar preferencia a sus políticas en muchos aspectos.

En el caso *Şahin c. Turquía*⁴⁰, por ejemplo, una estudiante musulmana practicante que consideraba su deber religioso llevar un velo en la cabeza presentó una demanda contra Turquía. Argumentó que las normas de una universidad turca que le prohibían llevar un velo en la cabeza infringían su libertad de religión protegida por el Convenio. Dado que ningún otro país europeo ha prohibido el uso del velo islámico en la cabeza en una universidad, el abrumador consenso europeo, en su opinión, debería limitar el margen de apreciación de Turquía y condenar sus regulaciones como una violación del Convenio⁴¹. El TEDH consideró el hecho de que Turquía era significativamente diferente de los demás países europeos —es un país habitado, predominantemente, por musulmanes, mientras que su singular historia y temor a los grupos extremistas lo comprometen fuertemente con el secularismo—⁴². En vista de ello, el Tribunal concedió a Turquía un margen de apreciación y decidió que sus prácticas no violaban el Convenio.

En algunas áreas temáticas todos los países europeos son diferentes entre sí, y por lo tanto el consenso europeo es menos instructivo. Por ejemplo, si bien Turquía puede ser realmente única en cuanto a sus dilemas religiosos, el Tribunal en el caso *Şahin* destacó también el hecho de que las actitudes

39 El hecho de que los países europeos sean democracias también implica que muchas de sus leyes se determinan en instituciones mayoritarias que son susceptibles, según la lógica del Teorema del Jurado, de conducir a buenas políticas y, por tanto, a políticas que deberían ser seguidas por otros países.

40 *Şahin v. Turkey*, 2005-XI Eur. Ct. H.R. 173.

41 Véase *ibid.*, 201, § 100.

42 Véase *ibid.*, 205-208, § 114. Para la crítica de estas decisiones, véase *ibid.*, 221-222, § 3 (Tulkens, J., disidente).

hacia los símbolos religiosos son diversas en toda Europa en general. Esa diversidad favorece una mayor deferencia a las políticas de los países⁴³.

Cuando el TEDH aplica un margen de apreciación más amplio a un país porque es diferente puede, por tanto, sostener un régimen más adecuado, para los ciudadanos de ese país, que el régimen adoptado por la mayoría de los países europeos⁴⁴. Bajo esas condiciones, conceder un amplio margen de apreciación al país mantendría, por tanto, buenas políticas en vigor.

4. ASEGURANDO UN CONSENSO GENUINO

Las políticas óptimas de derechos humanos se adoptan si todos los países europeos hacen sus políticas de forma independiente y el TEDH aplica las políticas utilizadas por la mayoría a todos los países que no son, fundamentalmente, diferentes del resto. Pero a veces el Tribunal se aparta, estratégicamente, de la aplicación correcta del consenso emergente. Esta conducta puede convenir al interés del TEDH, pero pone en peligro el interés colectivo europeo de adoptar las mejores políticas. Los países también pueden servir a sus propios intereses y no decidir independientemente. En estos casos, el Tribunal no puede descubrir las mejores políticas siguiendo un consenso emergente. Esto sugiere que un uso adecuado del margen de apreciación puede dar, tanto al TEDH como a los países, incentivos para actuar de manera tal que permita al consenso emergente descubrir las mejores políticas de derechos humanos.

4.1. *El TEDH manipula sus decisiones para evitar la confrontación*

Cuando el TEDH dicta sentencias en las que interpreta el Convenio, aplica doctrinas, como el consenso emergente, que están bien cimentada en su jurisprudencia. Estas doctrinas dan forma a la decisión del Tribunal, pero no son su único determinante. El TEDH, al igual que otros tribunales internacionales, configura también sus fallos a la luz de la posibilidad de que determinadas decisiones puedan provocar que los países perjudiquen los intereses del Tribunal⁴⁵. Por ejemplo, los países pueden incumplir las sentencias que consideran

43 Véase *ibid.*, 204, § 109.

44 Incluso si un país no es diferente de los demás, puede tener habilidades muy superiores para hacer buenas políticas y, por tanto, debería ceñirse a sus propias políticas en lugar de aprender de los demás países. El Teorema del Jurado implica, sin embargo, que los errores se minimizan de forma extremadamente eficaz a medida que aumenta el tamaño del grupo que decide. Como puede verse en el ejemplo numérico de la nota 28, *supra*, incluso un pequeño número de responsables de la toma de decisiones puede hacerlo mucho mejor que un único actor muy sofisticado. La posibilidad de que un país tenga mejor capacidad de decisión que un grupo de cuarenta y siete países, siempre que todos estos países se enfrenten a condiciones similares, es muy improbable.

45 HELFER, L. y SLAUGHTER, A. *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*. En *Cal. L. Rev.* 93, 2005, 899, 942-944 (argumentando que solo un

excesivamente exigentes⁴⁶. Los países también pueden criticar al TEDH de maneras que resulten desastrosas para su apoyo público en toda Europa. En circunstancias extremas, los países pueden incluso intentar afectar el presupuesto del Tribunal, cambiar el Convenio o abandonar la jurisdicción del Tribunal⁴⁷. Si el TEDH no considera esta posibilidad de confrontación, corre el riesgo de perder su capacidad de funcionar como una institución eficaz y, en última instancia, su capacidad de establecer políticas que se sigan en toda Europa.

Por lo tanto, el Tribunal puede cambiar su decisión y desviarse de la aplicación correcta del consenso emergente para no provocar que los países perjudiquen sus intereses. En la medida en que el consenso emergente lleve al TEDH al mejor resultado posible, su comportamiento estratégico puede llevarlo a emitir juicios que adopten políticas inferiores. Si los países se ajustan a las políticas requeridas por los juicios del Tribunal, pueden adoptar malas normas.

La doctrina del margen de apreciación permite al TEDH no hallar a un país en violación del Convenio sin caracterizarlo, al mismo tiempo, como conforme al consenso europeo. Una sentencia que se basa en el margen de apreciación para evitar una conclusión de violación no presenta las acciones del país como conformes al consenso europeo. En consecuencia, otros países que tratan de seguir el consenso emergente como instrumento para hacer buenas políticas no intentarán imitar la política adoptada por ese país. Los países europeos notarán que la conducta del país se salvó de un fallo condenatorio no por ajustarse al consenso europeo, sino por concedérsele un margen de apreciación.

Si el TEDH concede al país un margen de apreciación, ninguna violación es hallada y ningún acto de cumplimiento es requerido. Así, el país no puede expresar su protesta de incumplimiento. Dado que el Tribunal aprueba, finalmente, las prácticas del país, es mucho menos probable que este critique o perjudique al TEDH de otra manera que si lo encontrase en violación. Por ende, el margen de apreciación permite al Tribunal establecer con precisión un consenso emergente y presentarlo en su sentencia, al tiempo que minimiza el temor de confrontación por no hallar al país en violación. Una presentación exacta del consenso emergente es crucial como mecanismo para orientar a otros países a adoptar buenas políticas.

Pero el margen de apreciación es más que un instrumento para facilitar la aplicación honesta del consenso emergente. En términos más generales,

subconjunto de las decisiones que son legalmente posibles son también políticamente posibles para los jueces internacionales); GINSBURG, T. *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*. En *Va. J. Int'l L.* 45, 2005, 631, 632 (argumentando que los tribunales internacionales están limitados por las preferencias de los países).

46 DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, cit., 122.

47 GINSBURG, T. *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, cit., 656-668; DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, cit., 61-113.

evita al TEDH emitir falsos fallos doctrinales, dándole una forma de eludir el hallazgo de países en violación, al tiempo que no presenta su conducta como conforme a una lectura correcta del Convenio. Por ejemplo, en el caso *Irlanda c. Reino Unido*⁴⁸, el Tribunal examinó las medidas especiales de emergencia que el Reino Unido adoptó contra los terroristas en Irlanda durante el decenio de 1970. Al examinar la medida de las detenciones extrajudiciales, el TEDH subrayó que el gobierno nacional está en mejores condiciones de decidir qué medidas son necesarias para combatir la amenaza a la paz y que, por tanto, se le debe conceder un margen de apreciación. En última instancia, el Tribunal llegó a la conclusión de que, debido a las condiciones de emergencia imperantes en ese momento, las suspensiones de la protección del derecho de libertad por las detenciones estaban permitidas y no constituían una violación del Convenio⁴⁹. Es posible que el TEDH no haya podido condenar las detenciones realizadas por el Reino Unido como una violación del Convenio por temor a la confrontación. El Tribunal sí encontró que algunas técnicas de investigación del Reino Unido eran violaciones del Convenio, y puede haber temido que una intervención aún más intrusiva en sus consideraciones de seguridad condujese a una respuesta hostil contra el TEDH. El margen de apreciación permitió al Tribunal reducir al mínimo su riesgo de sufrir la ira del Reino Unido, sin conceder al mismo tiempo un sello de aprobación a todas sus políticas de seguridad.

4.2. *El TEDH retrasa sus decisiones para evitar la confrontación*

Como se señaló en la última subsección, el TEDH puede considerar las consecuencias políticas de sus fallos y modificar sus decisiones para evitar una respuesta hostil del país. Otra opción disponible para el Tribunal en orden a evitar una confrontación es aplazar sus fallos sobre cuestiones delicadas hasta que las opiniones de los países y sus ciudadanos sean más favorables al juicio que el TEDH considera correcto.

El Tribunal puede negarse a examinar los casos de su competencia solo en condiciones claramente definidas. Estas condiciones suelen garantizar que no ocurra ninguna violación significativa⁵⁰. Pero el TEDH puede estratégica-

48 *Ireland v. United Kingdom*, 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978).

49 *Ibid.*, §§ 207, 214.

50 El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos n.º 11 y n.º 14, artículo 35(3), de 14 de noviembre de 1950, E.T.S. n.º 5, dice: “El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que:

“a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o

“b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo

mente evitar decidir ciertos casos declarando que no tiene jurisdicción. De esta manera, el Tribunal puede aplazar su decisión sobre cuestiones delicadas durante muchos años, hasta que considere que puede emitir un fallo sobre la cuestión sin poner en peligro, excesivamente, sus intereses.

Por ejemplo, en *Bankovic c. Bélgica*⁵¹, ciudadanos de la República Federal de Yugoslavia presentaron una demanda contra diecisiete países europeos miembros de la OTAN⁵². Los demandantes alegaron que esos países violaron el Convenio por su participación en un ataque aéreo de la OTAN que causó muertes civiles. El TEDH decidió que no tenía jurisdicción para decidir el caso, porque el ataque ocurrió fuera de los territorios de todos los países sujetos al Convenio. Esta decisión fue criticada por apartarse de las sentencias previas del Tribunal⁵³, pero le permitió evitar el hallazgo de violaciones en las acciones de los más poderosos e influyentes países de Europa y, así, prevenir una grave confrontación⁵⁴.

Solo diez años más tarde, en los casos *Al-Skeini c. Reino Unido*⁵⁵ y *Al-Jedda c. Reino Unido*⁵⁶, en los que se examinaron las acciones militares del Reino Unido en Iraq, el TEDH modificó su doctrina en materia de jurisdicción y decidió que cuando los países ejerzan un control extraterritorial –incluso en territorios nunca sujetos al Convenio– el Tribunal podrá seguir examinando el caso. El TEDH puede haber calculado que los países europeos serían mucho más tolerantes con el escrutinio de las acciones militares en Irak en 2011 que con el escrutinio de las acciones militares en Yugoslavia en 2001. Por lo tanto, solo en 2011 el Tribunal pensó que las condiciones políticas le permitían escrutar las acciones militares extraterritoriales de los países⁵⁷. Pero el resultado de esta estrategia, además de añadir ambigüedad perjudicial a las doctrinas del TEDH en materia de jurisdicción, fue que la aclaración de las normas aplicables al ejercicio del poder militar por fuera del territorio de un país se retrasó durante toda una década.

de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional”.

51 *Bankovic v. Belgium*, 2001-XII Eur. Ct. H.R. 333.

52 Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido.

53 RÜTH, A. y TRILSCH, M. *Bankovic v. Belgium (Admissibility)*. En *Am. J. Int'l L.* 97, 2003, 168, 172; ORAKHELASHVILI, A. *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Eur. J. Int'l L.* 14, 2003, 529, 545. Las decisiones anteriores del TEDH sobre la jurisdicción extraterritorial incluyen: *Loizidou v. Turkey*, 310 Eur. Ct. H.R. (ser. B), 23-24, § 62 (1995); *Loizidou v. Turkey*, 1996-VI Eur. Ct. H.R. 2234, 2234-2235, § 52; *Cyprus v. Turkey*, 2001-IV Eur. Ct. H.R. 25.

54 DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, cit., 139.

55 *Al-Skeini v. United Kingdom*, 2011-IV Eur. Ct. H.R. 99.

56 *Al-Jedda v. United Kingdom*, 2011-IV Eur. Ct. H.R. 305.

57 DOTHAN, S. *How International Courts Enhance Their Legitimacy*. En *Theoretical Inq. L.* 14, 2013, 455, 475-476.

El aplazamiento de casos por consideraciones políticas se suma a otros factores que retrasan la aprobación del consenso emergente por parte del TEDH. Entre otros motivos de demora figuran el rápido aumento del número de casos y los limitados recursos del Tribunal, que dan lugar a una enorme acumulación de causas pendientes⁵⁸, así como el hecho de que los países pueden tardar años en formular políticas establecidas sobre nuevos problemas jurídicos⁵⁹.

Si el TEDH tarda demasiado en encontrar un consenso emergente, los países se ven privados del privilegio de identificar rápidamente el consenso europeo siguiendo las sentencias del Tribunal. En este caso, los países pueden tener un fuerte incentivo para aprender de otros países en un esfuerzo por mejorar inmediatamente sus políticas. Según la lógica del Teorema del Jurado, un país puede mejorar sus políticas siguiendo a la mayoría de los países de Europa. Pero los países que aprenden unos de otros no toman decisiones de forma independiente. Dado que no todos los países toman sus decisiones políticas al mismo tiempo, es probable que los que establecen las políticas primero influyan en las decisiones políticas de otros, impidiendo que esos países ejerzan un juicio totalmente independiente. Más adelante, es posible que los países no puedan distinguir entre quienes elaboraron su política de manera independiente y quienes, simplemente, imitaron a otros países. Por consiguiente, los países pueden seguir políticas que no reflejen una decisión mayoritaria real de todos los Estados. En cambio, pueden acabar siguiendo imitaciones posteriores de los países que hicieron sus políticas en la materia primero, un fenómeno conocido como “cascada de información”.

Cuando cada vez más países se imitan entre sí en lugar de tomar una decisión independiente, la política adoptada por la mayoría no goza del beneficio informativo del Teorema del Jurado⁶⁰. Consecuentemente, cuando los países no deciden de forma independiente, el TEDH no es capaz de utilizar el consenso emergente para tomar buenas decisiones políticas.

58 En el año 2015 se asignaron 40.650 solicitudes a los jueces y se resolvieron judicialmente 45.576 solicitudes, lo que redujo la acumulación de casos a 64.850. Véase European Court of Human Rights. *Analysis of Statistics*. 2016, 4. Disponible en: <https://perma.cc/8LA7-GEHM>

59 Este problema es tratado en la sección 5.1, *infra*.

60 El uso del derecho comparado por parte de los países es, por tanto, contraproducente: cuanto más frecuente sea el uso del derecho comparado, menores serán sus beneficios informativos para los países que lo utilizan. Este es un problema con el argumento de Posner y Sunstein a favor del uso del derecho comparado por parte de los tribunales nacionales, que reconocen en su trabajo. Véase POSNER, E. y SUNSTEIN, C. *The Law of Other States*, cit., 163. En otro lugar sostengo que los tribunales internacionales, regionales y federales pueden utilizar el derecho comparado minimizando este problema. Por lo tanto, cuando el TEDH utiliza la doctrina del consenso emergente, puede llegar a resultados superiores en comparación con los tribunales nacionales que utilizan el derecho comparado. Véase DOTHAN, S. *The Optimal Use of Comparative Law*. En *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*. 43, 2014, 21, 23-24.

Por lo tanto, a fin de dar a los países un incentivo para no seguir a otros países, el TEDH debe tratar de no retrasar su formulación de políticas. Si los países saben que pueden aprender la política óptima a partir de la decisión del Tribunal en poco tiempo, estarán más dispuestos a tomar una decisión independiente. De esta manera, los países saben que la política inferior que adoptan por su cuenta puede ser sustituida pronto por las políticas exigidas por el TEDH. Si los países deciden de manera independiente, el Tribunal podría identificar un verdadero consenso europeo y conducir a la mejor política posible.

Algunos países pueden ser reacios a adherirse a políticas inferiores adoptadas por su cuenta, incluso si saben que serán sustituidas rápidamente por la política establecida por el TEDH. Pero, si todos los países se dan cuenta de que una decisión independiente es esencial para que el Tribunal pueda identificar un consenso europeo, aquellos que no lo hagan serán tachados de perjudicar el interés colectivo. Para evitar ese estigma, los países estarán dispuestos a mantener las normas que puedan alcanzar por su cuenta durante un breve período, siempre que sepan que el TEDH detectará el consenso emergente lo más rápidamente posible.

La doctrina del margen de apreciación permite al TEDH identificar el consenso europeo sin encontrar, al mismo tiempo, un país en violación. Si el Tribunal sabe que puede encontrar el consenso sin entrar en una confrontación, no tendrá incentivo alguno para retrasar su decisión evitando los casos sensibles, como hizo en el caso *Bankovic*. Esto permitirá al TEDH establecer rápidamente un consenso europeo, reduciendo así el incentivo de los países para aprender unos de otros. Por consiguiente, el consenso europeo sería un consenso verdadero y reflejaría las decisiones independientes de los países⁶¹.

4.3. El consenso emergente puede inducir a los países a seguir a una mayoría percibida

Además del incentivo de hacer buenas políticas, otro factor que afecta a las decisiones de los países es el temor de que el TEDH los considere en violación del Convenio. Si se determina que un país lo ha violado, el hallazgo daña su reputación en cuanto al cumplimiento de sus compromisos internacionales.

61 Sin embargo, si los países disponen de escasos recursos para invertir en la investigación de políticas y saben que es probable que el TEDH adopte una decisión rápida, pueden elegir racionalmente invertir menos recursos en determinar qué política adoptar, sabiendo que pronto será sustituida por la decisión del TEDH. De este modo, la calidad de cada política individual realizada por los países disminuiría, al igual que la calidad de la decisión de la mayoría identificada por el consenso emergente. Afortunadamente, el Teorema del Jurado demuestra que, en un gran grupo de responsables que toman decisiones que son solo ligeramente mejores que el azar, la decisión de la mayoría sigue siendo muy probablemente correcta (véase el ejemplo numérico de la nota 28, *supra*). Por lo tanto, si los cuarenta y siete países del Consejo de Europa toman decisiones independientes basadas en una evaluación básica y fácil de los hechos que conocen, las políticas adoptadas por la mayoría serán probablemente buenas.

El hallazgo señala que el país no está dispuesto a sufragar los costos necesarios para mantener su reputación de cumplimiento del derecho internacional. Los países que no están dispuestos a sufragar esos costos son percibidos como malos actores: si no cumplen los compromisos contraídos en virtud de los tratados, podrían incumplir sus promesas a otros países en busca de ganancias rápidas⁶².

Los países pueden modificar sus políticas para evitar una constatación de violación en su contra por parte del TEDH. Para evitar un hallazgo de violación, los países pueden tratar de ajustarse de antemano a los estándares de derechos humanos que esperan que el Tribunal exija en el futuro. Si los países saben que el TEDH aplica el consenso emergente y sigue a la mayoría de los países de Europa, pueden tratar de averiguar lo que la mayoría de los países está haciendo y adoptar esa política antes de que el Tribunal los encuentre en violación.

Existe el peligro de que todos los países intenten ajustarse a lo que perciben como la política adoptada por la mayoría. Cada país puede darse cuenta de que todos los demás tienen el mismo incentivo: detectar a la mayoría y conformarse a ella para no ser encontrados en violación por el TEDH. Si algunos países empiezan a proteger un determinado derecho humano, los demás podrían optar por seguir su ejemplo, no porque crean que proteger tal derecho es una buena política, sino porque no quieren quedar fuera, en una minoría que no protege dicho derecho. Como los países se percatan de que todos los demás tienen el mismo temor de adherirse a políticas en minoría y de ser encontrados en violación, terminarán concediendo protección al derecho. De esta manera, los países europeos que intenten adivinar lo que prefiere la mayoría europea podrían terminar adoptando políticas que serían rechazadas por la mayoría de los países si decidiesen independientemente unos de otros⁶³.

El temor que puede disuadir a los países de decidir de manera independiente es el de quedarse detrás de la mayoría y, por ende, ser hallados en violación. El TEDH puede mitigar este temor mediante la doctrina del margen de apreciación. Por medio del uso de esta doctrina, el Tribunal puede indicar

62 DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, cit., 119-122; GUZMAN, A. *How International Law Works: A Rational Choice Theory*. 2008, 33-36.

63 Este juego de adivinanzas se conoce en términos de la Teoría de Juegos como “Concurso de Belleza”, por un experimento mental utilizado por Keynes en el que un grupo de lectores de un periódico puede elegir las seis fotografías más bonitas de entre cien imágenes de modelos y ganar un premio si seleccionan las mismas fotos escogidas por la mayoría. En una situación como esta, los lectores no optan por las fotografías que consideran más bonitas, sino por aquellas que la mayoría cree que la mayoría de personas estimaría como tales. Véase KEYNES, J. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. 1936, 156. Del mismo modo, los países que temen ser declarados infractores si permanecen en minoría pueden tratar de adivinar lo que la mayoría de los países cree que prefiere la mayoría, lo que conduce a resultados que van en contra de las opiniones de la mayoría real.

el consenso europeo a los países sin que al mismo tiempo los encuentre en violación. Esta decisión da a los países una advertencia adecuada antes de que se determine que han cometido una violación. Permite a los países elaborar sus políticas de modo independiente, sabiendo que no se les encontrará en violación a menos que el TEDH les advierta primero e indique el consenso que deben seguir en el futuro.

Por ejemplo, el Tribunal manifestó durante años su insatisfacción con las leyes del Reino Unido relativas a los transexuales, antes de considerar que este violaba el Convenio. En el caso *Rees c. Reino Unido*⁶⁴, fallado en 1986, el TEDH decidió que mantener el sexo anterior de un transexual en su partida de nacimiento, certificado que debe exhibir en determinadas ocasiones, y evitar que se case con una persona de sexo opuesto, no violaba el Convenio. El Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos (el primer nivel de revisión en ese momento) llamaron la atención sobre el hecho de que varios países europeos concedían una mayor protección a los transexuales, aunque no se detectó entonces un consenso claro⁶⁵. El Tribunal concedió, finalmente, al Reino Unido un margen de apreciación que impidió que se constatará una violación, pero al mismo tiempo expresó su preocupación por el sufrimiento de los transexuales e indicó que la cuestión debía seguir examinándose a la luz de los futuros avances científicos y sociales.

El TEDH continuó advirtiendo al Reino Unido que sus políticas no estaban en consonancia con la protección adecuada de los transexuales en casos posteriores. En el caso *Cossey c. Reino Unido*⁶⁶, el Tribunal volvió a poner de relieve la gravedad del problema y la necesidad de mantener la cuestión en examen. En *Sheffield c. Reino Unido*⁶⁷, el TEDH mostró un creciente descontento con las prácticas del Reino Unido. En este caso, subrayó que solo cuatro de los treinta y siete países europeos impedían una reasignación del sexo en el certificado de nacimiento. Por último, después de haber advertido durante quince años al Reino Unido de que sus prácticas se apartaban del consenso europeo, el Tribunal, finalmente, lo halló en violación en el fallo del caso *Goodwin c. Reino Unido*⁶⁸, emitido en 2002.

Parece que, a pesar de la gran variabilidad de las leyes sobre transexuales, el TEDH pudo discernir un consenso emergente contra las prácticas del Reino Unido mucho antes del caso *Goodwin*. Pero hasta entonces, el Tribunal había concedido al Reino Unido un margen de apreciación, advirtiéndole así que en el futuro podría considerársele en violación, sin condenarle realmente por

64 *Rees v. United Kingdom*, 106 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1986).

65 Véase *ibid.*, §§ 37, 44.

66 *Cossey v. United Kingdom*, 184 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1990), 17.

67 *Sheffield v. United Kingdom*, 1998-v Eur. Ct. H.R. 2011, 2029.

68 *Goodwin v. United Kingdom*, 2002-vi Eur. Ct. H.R. 1.

incumplir sus compromisos en virtud del Tratado⁶⁹. Este ejercicio permitió al TEDH señalar a los países europeos que podían elaborar sus leyes de manera independiente, sin temer que se descubriera una violación antes de ser advertidos. En la medida en que esta maniobra tuvo éxito, pudo haber incentivado a los países a elaborar sus políticas de manera independiente, sin que se adivine por cuál política se optaría en la mayoría de los países, y, por tanto, pudo haber facilitado el logro de un verdadero consenso europeo por parte del Tribunal.

5. CUANDO EL CONSENSO EMERGENTE NO PUEDE SER DESCUBIERTO

Las secciones anteriores mostraron que, utilizando el margen de apreciación, el TEDH puede proteger las políticas de los países que deben ser diferidas o crear las condiciones bajo las cuales puede surgir un verdadero consenso europeo. En esta sección se abordan dos situaciones ligeramente diferentes. Se trata de situaciones en las que el consenso emergente no puede inferirse de manera adecuada de las prácticas de los países. Sin embargo, esto no significa que las políticas de los países deban ser aplazadas. El TEDH puede utilizar el margen de apreciación, simplemente, porque no ve justificación alguna para intervenir en las políticas de los países cuando no hay un consenso europeo contrario. Pero también puede decidir intervenir en ellas utilizando otras doctrinas jurídicas.

5.1. *La ley sigue en proceso de cambio*

El Teorema del Jurado de Condorcet recomienda seguir la opinión mayoritaria en un grupo de decisores porque se basa en la suposición de que cada uno de ellos está tomando una decisión racional y es más probable que tenga razón que esté equivocado. Cuando se cumplen estas condiciones, el teorema

69 Algunos pueden argumentar que el TEDH no estaba convencido de que existiera un consenso europeo que prohibiera las prácticas del Reino Unido mucho antes del caso *Goodwin*. En este sentido, el TEDH utilizó el margen de apreciación como una forma de retrasar la declaración de consenso hasta que las tendencias en Europa resultasen más claras y, al mismo tiempo, como una manera de señalar al Reino Unido que sus acciones estaban bajo un estrecho escrutinio. Véase HELFER, L. y SLAUGHTER, A. *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, cit., 317. Esta explicación puede explicar el caso *Rees*. Pero en cambio, cuando se falló el caso *Sheffield*, el consenso emergente ya se encontraba establecido en Europa, al menos en lo que respecta a la reasignación de los certificados de nacimiento. El tribunal señala las tendencias mundiales fuera de Europa a favor de la concesión de derechos a los transexuales, tendencias que pueden haberse reforzado hasta que se falló el caso *Goodwin*. Sin embargo, es probable que la influencia de estas tendencias no sea la razón del resultado diferente. Este artículo argumenta que el TEDH no retrasó su declaración de violación para esperar a tener la certeza de que existía un consenso, sino para hacer al Reino Unido una clara advertencia previa antes de emitir una sentencia en su contra.

garantiza, matemáticamente, que la decisión de la mayoría tiene más probabilidades de ser correcta que la decisión de cada uno de los responsables⁷⁰.

Los países que elaboran sus leyes en el parlamento tras un debate público, o cuyos tribunales nacionales formulan políticas basadas en decisiones razonadas, se asemejan a los decisores racionales. Esto justifica el uso del consenso emergente para agregar las perspectivas de los países y seguir la opinión mayoritaria. Pero, ¿qué ocurre si las condiciones relevantes de los países se encuentran en proceso de cambio? ¿Y si los países están modificando rápidamente sus leyes para hacer frente a una nueva situación? Incluso si la ley se halla en un estado de cambio, todos los países, técnicamente, tienen una política sobre el tema: después de todo, si una conducta no está prohibida, está permitida. Pero esta es una política por defecto. No surge de una decisión racional que responda a las circunstancias actuales y, por ende, no hay razón para suponer que es correcta. En estos casos, no hay justificación para usar el consenso emergente.

El caso *S.A.S. contra Francia*⁷¹ demuestra los problemas generados por los nuevos fenómenos que son abordados jurídicamente por algunos países, pero no por otros. El caso se refería al derecho de las mujeres musulmanas en Francia a llevar un velo integral en público. Cuando se decidió el caso, Francia y Bélgica eran los únicos países europeos que habían legislado sobre la prohibición de ocultar el rostro en público⁷². Pero, en ese momento, la posibilidad de una prohibición similar se estaba *debatiendo* en algunos países europeos, y en otros el uso del velo integral era tan raro que todavía no constituía un problema real. Dado que la mayoría de los países no abordaron conscientemente este problema y decidieron en contra de una prohibición –más bien, simplemente, no tomaron decisión alguna y dejaron el permiso para llevar el velo como la posición natural por defecto–, el TEDH decidió que no había consenso europeo sobre la cuestión⁷³. El Tribunal, finalmente, decidió atenerse a la política francesa y no encontrar una violación del Convenio⁷⁴.

Los jueces Nussberger y Jäderblom criticaron esta posición. Argumentaron que las leyes contemporáneas en Europa indicaban claramente un consenso de los países que no creían necesario legislar en esta área⁷⁵. Los complejos detalles del derecho comparado en este caso podrían ser debatidos. En efecto, a veces es difícil juzgar si un país *optó* por mantener sus leyes sobre la cuestión o no decidió aún. No obstante, es evidente que cuando los países no hicieron una elección racional para optar por un determinado régimen jurídico o incluso

70 POSNER, E. y SUNSTEIN, C. *The Law of Other States*, cit., 141.

71 *S.A.S. v. France*, 2014-III Eur. Ct. H.R. 341.

72 Véase *ibid.*, § 40.

73 Véase *ibid.*, 380-381, § 156.

74 Véase *ibid.*, 381, § 157-159.

75 Véase *ibid.*, 387-388, § 19 (Nußberger, J. y Jäderblom, J., disidentes).

para mantener el que tienen en vigor a la luz de las condiciones cambiantes, sus leyes actuales no poseen ninguna ventaja decisoria que justifique el uso de la doctrina del consenso emergente.

5.2. Elección entre varias opciones

Condorcet indicó una excepción a su Teorema del Jurado, conocida como la Paradoja de Condorcet. Esta muestra que cuando un grupo de varios decisores tiene que elegir entre más de dos opciones potenciales, la elección mayoritaria no siempre sigue la condición de la transitividad. Ello significa que la forma en que se cuentan los votos del grupo determina lo que constituye la política preferida por la mayoría. En estas condiciones, no se puede identificar una mayoría significativa.

La Paradoja de Condorcet podría evitar el uso del consenso emergente cuando los países hacen su elección legal entre varias opciones posibles debido a consideraciones conflictivas diversas. Como muestra la Paradoja de Condorcet, si los países valoran consideraciones contradictorias, la forma en que califican sus preferencias puede carecer de transitividad.

En sentencias que podrían reflejar una conciencia de este problema, el TEDH se ha mostrado reacio a identificar un consenso emergente cuando los países adoptan políticas similares por razones diferentes. El caso *A, B y C c. Irlanda*⁷⁶ es un ejemplo potencial. El Tribunal decidió que, dado que los países de Europa no habían llegado a un consenso sobre si un feto debía considerarse persona, el aparente consenso en su legislación con respecto a un mayor acceso al aborto no puede determinar por sí solo si la prohibición del aborto en Irlanda logra un justo equilibrio entre los derechos del feto y los derechos de la madre⁷⁷.

Esta caracterización de los límites de la cuestión, en la que debería descubrirse el consenso emergente, fue criticada por algunos jueces, sea por requerir mucho para el descubrimiento del consenso emergente, sea por requerir muy poco. Por un lado, el juez Rozakis y otros cinco escribieron una opinión disidente argumentando que la decisión de cuándo comienza la vida es irrelevante en tanto no era la cuestión que se planteaba ante el TEDH. La cuestión no era si el feto era una persona, sino si el derecho del feto – persona o no– pesaba menos que el derecho de la madre en la mayoría de los países europeos. La mayoría de los países responden a esta pregunta en forma afirmativa, formando un consenso⁷⁸. Por otro lado, el juez Geoghegan escribió una opinión concurrente argumentando que la existencia de una legislación sobre el aborto no forma ningún consenso en cuanto a la búsqueda

76 *A. v. Ireland*, 2010-VI Eur. Ct. H.R. 185.

77 *Ibid.*, 261, § 237.

78 *Ibid.*, 280-282, § 2 (Rozakis, J., *et al.*, disidente).

de un balance entre todos los intereses relevantes. Muchas razones podrían llevar a la adopción de una legislación, y algunos países podrían no tener un interés público en la protección del no nacido, como sí sucede en Irlanda. El consenso, argumentó Geoghegan, debería lograr el balance correcto, pero si otros países tienen otros intereses públicos, pueden estar logrando un balance diferente y, por lo tanto, no formar ningún consenso⁷⁹.

Si bien el caso *A, B y C* parece sugerir que las razones que motivan la elección de políticas jurídicas por parte de los países son importantes, no demuestra cómo se desarrolla realmente la Paradoja de Condorcet. Para entender cómo se materializa esta, consideremos otra materia que el TEDH trató: el derecho al voto de los prisioneros. Esta cuestión se aborda en *Hirst c. Reino Unido*⁸⁰. Bajo ciertos supuestos acerca de las opiniones subyacentes de los países sobre el derecho al voto de los prisioneros, aparece la Paradoja de Condorcet. Estos supuestos son solo posibles puntos de vista jurídicos sobre el derecho de voto. El presente artículo no pretende sugerir que estos reflejan realmente los puntos de vista de países europeos concretos, pero puede ayudar a destacar la posibilidad teórica de la Paradoja de Condorcet.

En el caso *Hirst*, el TEDH fue encargado de decidir si una prohibición general del derecho de los prisioneros a votar violaba el Convenio. La sentencia señalaba que dieciocho países de Europa permitían que todos sus presos votaran, trece países lo impedían (incluido el Reino Unido, cuyas políticas estaban siendo examinadas) y doce países habían privado del derecho a algunos presos, bajo ciertas condiciones⁸¹. Los países que condicionan la prohibición del voto de los prisioneros a ciertos hechos suelen considerar el número de años en prisión establecido en el veredicto, la gravedad del delito y la conexión entre el delito y el proceso democrático. Alternativamente, se deja esa decisión a los jueces de sentencia⁸².

Así pues, los países de Europa eligen por lo menos tres opciones: A) permitir que todos los prisioneros voten; B) privar del derecho al voto a algunos prisioneros bajo ciertas condiciones; C) negar a todos los prisioneros el derecho al voto. Un análisis de los fallos de países de todo el mundo sobre la cuestión del derecho de voto de los presos revela que hay, por lo menos, tres opiniones distintas sobre la naturaleza del derecho de voto: 1) el voto es

79 *Ibid.*, 279 (Geoghegan, J., concurrente).

80 *Hirst v. United Kingdom*, cit., 216, § 82.

81 *Ibid.*, 200-201, § 33.

82 DOTHAN, S. *Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners' Disenfranchisement*. En ROBERTS, A. et al. (eds.), *Comparative International Law*. OUP, 2018, 379. Disponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190697570.001.0001/oso-9780190697570-chapter-18> (en el que se describe el estado de la legislación sobre el derecho de voto de los presos en toda Europa y se argumenta que algunos países tienen puntos de vista fundamentalmente diferentes sobre este asunto, lo que hace problemática la acumulación de sus puntos de vista mediante un consenso emergente).

un derecho inalienable que no puede ser suprimido; 2) el voto es un derecho revocable: aunque pertenece al votante, este puede ser privado de él bajo ciertas condiciones; 3) el voto es un privilegio: no pertenece a los ciudadanos y ellos solo pueden usar este privilegio bajo ciertas condiciones. Incluso en el caso más sencillo imaginable –tres países con opiniones diferentes sobre la naturaleza del derecho de voto, eligiendo entre un menú de tres opciones de política– puede aparecer teóricamente la Paradoja de Condorcet⁸³.

Los países que consideran el voto como un derecho inalienable prefieren la política A frente a todas las demás. Cuando tienen que elegir su segunda mejor opción, su elección es imposible de predecir con certeza. Tal vez prefieran la política B frente a la política C, para que vote el mayor número posible de presos.

Los países que consideran que el voto es un derecho revocable preferirán sin duda alguna la política B sobre todas las demás. Su segunda mejor política es un misterio. Algunos países consideran que la privación del derecho de voto es problemática y tratarán de reservarla solo para circunstancias raras y especiales. Puede que prefieran dejar que todos voten a negarles el voto a todos. En otros países, sin embargo, dar a todos los prisioneros el derecho al voto es completamente inaceptable. Esta política preserva el derecho al voto de los prisioneros que estos países consideran que, definitivamente, no deberían votar, por ejemplo, los prisioneros que cometieron delitos graves. Por el bien del argumento, sigamos al último tipo de países y escojamos la política C como mejor que la política A (negar el derecho a votar a todos los prisioneros en lugar de dar el derecho a votar a todos).

Los países que ven el voto como un privilegio a menudo someten a los presos a lo que se conoce como “muerte cívica”: como los presos violaron el contrato social, merecen ser privados del derecho a voto⁸⁴. Estos países favorecerán, claramente, la política C. Su segunda mejor política depende de lo que consideren más importante: tratar a todos los prisioneros por igual y señalar un claro estigma social, o privar del derecho al voto al mayor número posible de prisioneros. En la mayoría de los países, la privación del derecho de voto de los prisioneros no tiene ningún efecto en los resultados de las elecciones⁸⁵. Así, la política puede considerarse como una cuestión de

83 Véase *ibid.*

84 EASTON, S. *The Prisoner's Right to Vote and Civic Responsibility: Reaffirming the Social Contract?* En *Probation J.* 56, 2009, 224, 227-228.

85 Estados Unidos puede ser una excepción a esta regla, ya que la privación de derechos de los presos en ese país puede cambiar los resultados electorales. Lo que explica la posición única de Estados Unidos es el elevado número de presos; las estrictas políticas de privación de derechos, que a menudo incluyen a los que ya han salido de la cárcel; el gran número de presos negros que tradicionalmente votan al Partido Demócrata, y la concentración de algunos de ellos en estados indecisos como Florida y Virginia, que cambian entre los dos partidos principales y pueden, por tanto, determinar los resultados electorales. Véase ENTEN, H. *Felon Voting Rights*

principio y no de estrategia. Los países que consideran que el principio de tratar a todos los prisioneros por igual es más importante que el número de prisioneros privados del derecho a voto podrían preferir la política A frente a la política B. Preferirían dejar que todos voten en lugar de dar el derecho a votar solo a algunos.

En el cuadro 1 se presentan las preferencias hipotéticas explicadas anteriormente.

CUADRO 1. POSIBLES PREFERENCIAS DE PAÍSES
CON DISTINTOS ENFOQUES SOBRE EL DERECHO AL VOTO

	Primera opción	Segunda opción	Tercera opción
1) El voto como derecho inalienable	A	B	C
2) El voto como derecho revocable	B	C	A
3) El voto como un privilegio	C	A	B

Con estos supuestos, la mayoría de los países (dos de tres) prefieren A a B. La mayoría de los países también prefieren B a C. Sin embargo, al mismo tiempo, la mayoría de los países prefieren C a A. Si las preferencias de los países son efectivamente $A > B > C > A$, sus preferencias son intransitivas. La elección de la mayoría depende del orden en que se pide a los países que califiquen una opción de política sobre otra. Aparece la Paradoja de Condorcet.

En el ejemplo anterior, emerge la Paradoja de Condorcet porque los países tienen en cuenta distintas consideraciones al determinar sus preferencias. Los países se preocupan tanto por el número de prisioneros a los que se les permite votar como por el trato igualitario que se les brinda. Los sistemas jurídicos se enfrentan a esos casos difíciles todo el tiempo, pero por lo general utilizan el proceso jurídico para dividir las decisiones complejas en una serie de opciones más sencillas que evitan el problema de la intransitividad⁸⁶.

El caso *Hirst* no ofrece una forma fácil de dividir las opciones de los países y encontrar una mayoría que no esté sujeta a la Paradoja de Condorcet. Si el consenso emergente fracasa como resultado de la Paradoja de Condorcet, puede ser beneficioso limitar su uso ampliando el margen de apreciación concedido al país. Pero, a diferencia de los demás casos mencionados en las secciones 3 y 4, la utilización del margen de apreciación no aumenta las posibilidades de una mejor decisión en el caso en cuestión ni mejora las condiciones para la aplicabilidad del Teorema del Jurado. De hecho, el TEDH puede utilizar otras doctrinas para intervenir en las políticas nacionales, y entonces no hay ninguna justificación necesaria para conceder a los países

Have a Bigger Impact on Elections than Voter ID Laws. En *The Guardian*. 31 de julio de 2013. Disponible en: <https://perma.cc/2PSX-4DJ7>

86 KORNHAUSER, L. y SAGER, L. *Unpacking the Court*. En *Yale L.J.* 96, 82, 1986, 107-110.

un margen de apreciación especialmente amplio. La decisión del Tribunal en *Hirst* de anular las políticas del Reino Unido sobre el derecho al voto de los presos basándose en otros argumentos normativos además del consenso emergente, como la prevención de medidas indiscriminadas que infringen importantes derechos del Convenio⁸⁷, podría justificarse en este sentido.

CONCLUSIÓN

A primera vista, el margen de apreciación puede parecer una forma de limitar las consecuencias de la doctrina del consenso emergente a las circunstancias adecuadas. Por ejemplo, el margen de apreciación permite a los países mantener normas que difieren de las normas del resto de Europa cuando se enfrentan a condiciones diferentes a las de otros países europeos. Este estrecho uso del margen de apreciación permite al TEDH mantener buenas políticas que se adapten a los intereses del país bajo escrutinio.

Pero un examen más detenido de la doctrina del margen de apreciación revela que puede hacer mucho más que proteger las políticas que se adaptan a países con características únicas. Si el TEDH y los países bajo su jurisdicción se comportan estratégicamente –como a menudo deben hacerlo para proteger intereses vitales– el Tribunal podría equivocarse al identificar el verdadero consenso de Europa. La doctrina del margen de apreciación puede ayudar a configurar los incentivos del TEDH como institución y los incentivos de los países en formas que permitan al Tribunal descubrir un verdadero consenso europeo.

Esto implica que, a veces, el TEDH debe conceder a los países un margen de apreciación aunque esté convencido de que así se mantendrían las políticas no óptimas adoptadas por un determinado país. Esta delimitación más amplia de la doctrina del margen de apreciación es esencial para que emerja un verdadero consenso europeo, un requisito previo para que el consenso emergente pueda conducir a buenas decisiones políticas.

REFERENCIAS

- ARNARDÓTTIR, O. *The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights*. En *Hum. Rts. L. Rev.* 14, 2014.
- BENVENISTI, E. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*. En *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 31, 1999.
- BRAUCH, J. *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*. En *Colum. J. Eur. L.* 11, 2005.

87 *Hirst v. United Kingdom*, cit., 216, § 82.

- CAROZZA, P. *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Notre Dame L. Rev.* 73, 1998.
- DOTHAN, S. *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*. En *Chi. J. Int'l. L.* 12, 2011.
- DOTHAN, S. *How International Courts Enhance Their Legitimacy*. En *Theoretical Inq. L.* 14, 2013.
- DOTHAN, S., *In Defence of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights*. En *Cambridge J. Int'l & Comp. L.* 3, 2014.
- DOTHAN, S. *The Optimal Use of Comparative Law*. En *Denv. J. Int'l L. & Pol'y.* 43, 2014.
- DOTHAN, S. *Reputation and Judicial Tactics: A Theory of National and International Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Doi: 10.1017/CBO9781139381260.
- DOTHAN, S. *Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners' Disenfranchisement*. En Roberts, A. et al. (eds.), *Comparative International Law*. OUP, 2018. Disponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190697570.001.0001/oso-9780190697570-chapter-18>
- DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Doi: 10.1017/CBO9781139644471
- EASTON, S. *The Prisoner's Right to Vote and Civic Responsibility: Reaffirming the Social Contract?* En *Probation J.* 56, 2009.
- ENTEN, H. *Felon Voting Rights Have a Bigger Impact on Elections than Voter ID Laws*. En *The Guardian*. 31 de julio de 2013. Disponible en: <https://perma.cc/2PSX-4DJ7>
- European Court of Human Rights. *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, 2010. Disponible en: <https://perma.cc/2GFN-7W35>
- European Court of Human Rights. *Brighton Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*. 20 de abril de 2012. Disponible en: <https://perma.cc/QW3G-2W9Y>
- European Court of Human Rights. *Analysis of Statistics*, 2016. Disponible en: <https://perma.cc/8LA7-GEHM>
- European Court of Human Rights. *ECHR Overview 1959-2016*, 2017. Disponible en: <https://perma.cc/5PS7-L3MV>
- FABBRINI, F. *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- GINSBURG, T. *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*. En *Va. J. Int'l L.* 45, 2005.
- GUZMAN, A. *How International Law Works: A Rational Choice Theory*. Oxford University Press, 2008. Disponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780195305562.001.0001/acprof-9780195305562>

- HELPER, L. *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*. En *Cornell Int'l L. J.* 26, 1993.
- HELPER L. y SLAUGHTER, A. *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*. En *Yale L.J.* 107, 1997.
- HELPER, L. y SLAUGHTER, A. *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*. En *Cal. L. Rev.* 93, 2005.
- HELPER, L. y VOETEN, E. *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*. En *Int'l Org.* 68, 2014.
- HOUGH, A. *Prisoner Vote: What MPs said in Heated Debate*. En *The Telegraph*. 11 de febrero de 2011. Disponible en: <https://perma.cc/C8FT-A7MX>
- ICHIM, O. *Just Satisfaction Under the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Doi: doi:10.1017/CBO9781139680424.
- JACKSON J. *Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court*. En *Conn. L. Rev.* 39, 2006.
- KEYNES, J. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. 1936.
- KORNHAUSER, L. y SAGER, L. *Unpacking the Court*. En *Yale L.J.* 96, 82, 1986, 107-110.
- LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford University Press, 2012. Disponible en: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199650453.001.0001/acprof-9780199650453>
- MADSEN, M. R. *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?* En *J. Int'l. Dispute Settlement*. 9, 199-222. 10.1093/jnlids/idx016. Disponible en: <https://perma.cc/4UCA-TD4Y>
- ORAKHELASHVILI, A. *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Eur. J. Int'l L.* 14, 2003.
- POPOVIC, D. *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Creighton L. Rev.* 42, 2009.
- POSNER, E. y SUNSTEIN, C. *The Law of Other States*. En *Stan. L. Rev.* 59, 2006.
- RÜTH, A. y TRILSCH, M. *Bankovic v. Belgium (Admissibility)*. En *Am. J. Int'l L.* 97, 2003.
- SHANY, Y. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* En *Eur. J. Int'l L.* 16, 2005.
- SLACK, J. *Social Ties Keep Rapists in Britain*. En *The Daily Mail*. 21 de septiembre de 2011. Disponible en: <https://perma.cc/EV58-5HAW>
- SPIELMANN, D. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* En *Cambridge Y.B. Int'l Legal Stud.* 14, 2012.

STADEN, A. *The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*. En *Int'l J. Const. L.* 10, 2012.

STEARNS, M. *The Condorcet Jury Theorem and Judicial Decisionmaking: A Reply to Saul Levmore*. En *Theoretical Inq. L.* 3, 2002.

VOETEN, E. *Public Opinion and the Legitimacy of International Courts*. En *Theoretical Inq. L.* 14, 2013.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950.

Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby, Nov. 11, 1994, E.T.S. No. 155.

Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, June 24, 2013, ETS No. 213.

JURISPRUDENCIA

A. v. Ireland, 2010-VI Eur. Ct. H.R.

A. A. v. United Kingdom, 2011 Eur. Ct. H.R.

Al-Jedda v. United Kingdom, 2011-IV Eur. Ct. H.R.

Al-Skeini v. United Kingdom, 2011-IV Eur. Ct. H.R.

Bankovic v. Belgium, 2001-XII Eur. Ct. H.R. 333.

Cossey v. United Kingdom, 184 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1990).

Cyprus v. Turkey, 2001-IV Eur. Ct. H.R.

Dickson v. United Kingdom, 2007-V Eur. Ct. H.R.

Evans v. United Kingdom, 2007-I Eur. Ct. H.R.

Goodwin v. United Kingdom, 2002-VI Eur. Ct. H.R.

Greens & M.T. v. United Kingdom, 2010-VI Eur. Ct. H.R.

Hirst v. United Kingdom (No. 2), 2005-IX Eur. Ct. H.R.

Ireland v. United Kingdom, 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978).

Loizidou v. Turkey, 310 Eur. Ct. H.R. (ser. B) (1995).

Loizidou v. Turkey, 1996-vI Eur. Ct. H.R.

Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom, 2012-I Eur. Ct. H.R.

Rees v. United Kingdom, 106 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1986).

Şahin v. Turkey, 2005-xI Eur. Ct. H.R.

S.A.S. v. France, 2014-III Eur. Ct. H.R.

Sheffield v. United Kingdom, 1998-v Eur. Ct. H.R. 2011, 2029.

Tyrer v. United Kingdom, 26 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978).