

Pluralismo valorativo como una justificación de la doctrina del margen de apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Por Marcos Andrade Moreno**

El problema de la justificación de la doctrina del Margen de Apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es un problema relativo a la determinación del alcance de los derechos cuando ellos contemplan restricciones y no un problema de moralidad política o de cuándo está justificada una interferencia con un derecho. De esta manera, se ilumina mejor dicha práctica jurisprudencial. El pluralismo valorativo permite reconstruir una teoría básica de la protección de los intereses humanos, que subyace al Convenio Europeo de Derecho Humanos, la que sería el sustento y la justificación de la doctrina del Margen de Apreciación y sentaría las bases de una concepción cualificada de la universalidad y absolutidad de los derechos.

I

0. ¿Hay una concepción compartida de los derechos humanos en Europa? Tomemos un ejemplo: la libertad de pensamiento, conciencia y religión, garantizada en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Convenio”), a la luz de la cual podemos preguntar: ¿Son libres los profesores europeos que practican una religión, de impartir sus clases en escuelas públicas vestidos de la manera que ordena su religión? Según el *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas* del Consejo de Europa y los casos *Dahlab v. Switzerland* and *Kurtulmuş v. Turkey*, ambos declarados inadmisibles por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal”); ellos no pueden hacerlo.¹

* Este trabajo es fruto de una estancia de investigación que realicé en Institut de Droit Européen / Institut für Europarecht de la Université de Fribourg / Universität Freiburg. Agradezco la estimulante discusión de estas ideas que realicé allí con la profesora Samantha Besson y con sus doctorandos, especialmente con Stephanie Colella. Asimismo, una versión previa de este trabajo fue discutida en la UPF por los profesores José Juan Moreso y Marisa Iglesias, a quienes agradezco sus valiosos comentarios y guía. Finalmente, mis agradecimientos también para Cristóbal Astorga y Ernesto Riffo, quienes desde Chile han tenido la generosidad de discutir estas ideas.

** Doctorando del Área de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Contacto: marcos.andrade@upf.edu.

¹ Caso *Dahlab v. Switzerland*, application No. 42393/98, 15 de febrero de 2001 y caso *Kurtulmuş v. Turkey* (application No. 65500/01), 24 de enero de 2006. El Manual aludido establece: “[E]n virtud de que ellos [los profesores] eligieron trabajar en un ambiente educativo, un rango de restricciones puede ser impuesto legítimamente a los profesores cuando están trabajando en la sala de clases, con el fin de asegurar que se mantenga un ambiente educacional apropiado a la escuela en cuestión y que los derechos humanos de los padres y los niños sean respetados” (EVANS, 2008: 104).

1. De esta manera, siguiendo con el ejemplo, Francia reconoce y garantiza el derecho a la libertad religiosa pero, al mismo tiempo, posee una larga tradición laicista (*laïcité*).² Este principio se encuentra contemplado a nivel constitucional.³ Del mismo modo, Turquía también reconoce y garantiza el derecho a la libertad de conciencia, de creencia religiosa y de convicción, pero al mismo tiempo permite restricciones a los derechos, en la medida que entren en conflicto con el carácter secular (*laik*) del Estado turco, principio que también se encuentra en rango constitucional.⁴ Por supuesto, en ambos países los profesores no pueden llevar símbolos religiosos en las escuelas públicas, incluyendo sus vestidos (especialmente hiyab). En contraste, en Alemania, no hay una legislación federal que regule de manera general el uso del *Kopftuch* o hiyab, sino que solo leyes específicas en algunos *Länder*. Además, la diferencia radical respecto de los dos casos anteriores, es que Alemania no contempla en el nivel constitucional ni el principio de laicidad ni el de secularismo, como sí lo hacen Francia y Turquía respectivamente. Más bien, “el derecho fundamental a la libertad religiosa está constitucionalmente reconocido y garantizado en Alemania sin reservas (*vorbehaltlos*), lo cual significa que sólo puede ser limitado por otros derechos, principios y valores de rango constitucional” (MARTÍN y MÜLLER-GRUNE, 2004: 317). Asimismo, se ha debatido largamente en Alemania la naturaleza neutral del Estado, por oposición a la laicidad, y el fundamento constitucional del

² Para un repaso histórico sobre la noción de *laïcité*, véase LABORDE, 2008. Para una clasificación de la laicidad en *positiva o abierta, militante o radical y neutral*, dependiendo del nivel de intensidad con que el Estado se compromete más o menos intensamente con la imparcialidad en materia religiosa, véase RUIZ MIGUEL, 2013: 3-4.

³ La Constitución francesa de 1958, la que conforma la denominada V República, señala en su Artículo 1: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social [...]”. La importancia del principio de laicidad para la educación pública, fue re-afirmada en una decisión del *Conseil d’État*, a propósito del caso del estatuto especial de Alsacia-Mosela (departamentos de Haut-Rhin, Bas-Rhin y Moselle). En dicha decisión el *Conseil* reconoce que uno “de los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República, es el principio de laicidad” (C.E., 6 abril de 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, Nos. 219379, 221699 y 221700), pero al mismo tiempo, reconoce que dicho principio no se vería afectado por el estatuto especial de dichos departamentos, ya que le ley local permite eximirse a los estudiantes de las clases de religión. Esta opinión fue refrendada también por el *Conseil constitutionnel* (C.C., 21 de febrero de 2013, *Association pour la promotion et l’expansion de la laïcité*, No. 201 2-297 QPC).

⁴ Señala el Preámbulo de la Constitución Turca de 1982: “El reconocimiento de que no se concederá protección a una actividad contraria a los intereses nacionales turcos, el principio de la indivisibilidad de la existencia de Turquía con su Estado y territorio, los valores históricos y morales turcos o el nacionalismo, los principios, las reformas y el modernismo de Atatürk y que, como lo exige el principio de secularismo, no habrá interferencia alguna por sentimientos religiosos sagrados en los asuntos del Estado y política”. Asimismo, esta idea se encuentra refrendada en los artículos 2 y 13. Este último fue modificado por la reforma de 17 de octubre de 2001, señala: “Los derechos y las libertades fundamentales sólo pueden limitarse por ley y de conformidad con las razones mencionadas en los artículos pertinentes de la Constitución y sin infringir su esencia. Estas restricciones no estarán en contradicción con la letra y el espíritu de la Constitución, con los requisitos del orden democrático de la sociedad y la República secular y con el principio de proporcionalidad”.

pluralismo ideológico; concluyéndose que Alemania abraza la neutralidad, a pesar de no existir explícitamente una disposición constitucional al respecto.⁵

2. Por ello, para contestar la pregunta de si los profesores europeos pueden impartir sus clases en escuelas públicas vestidos de la manera en que su religión ordena, debemos atender no solo a las disposiciones del Convenio, sino que también al contexto y a los principios que cada Estado contratante reconoce: en Francia y Turquía los profesores no pueden hacerlo, en Alemania sí pueden; a pesar de que dichos países comparten y adhieren al mismo derecho consagrado no solo en sus respectivas constituciones, sino en el artículo 9 del Convenio.⁶

3. Aparentemente, esto no es problemático: el rasgo característico de los artículos 8-11 del Convenio, es justamente que ellos consagran derechos y libertades cuya redacción incluye restricciones, limitaciones o *clawback clauses*. Una definición de ellas: “[L]as que establecen restricciones estatales permisibles al ejercicio de un derecho humano sustantivo. Normalmente, estas limitaciones deben ser prescritas por la ley y deben ser necesarias (en una sociedad democrática) para alcanzar un objetivo legítimo, como la protección de la salud pública, la seguridad, el bienestar, la moral, el orden público o los derechos y libertades de otras personas” (CONDÉ, 2004: 228). Uno de los casos paradigmáticos de estas cláusulas de restricción o limitación en un tratado de derechos humanos sería el de los artículos 8-11 del Convenio.⁷

⁵ Véase HUSTER *et al.*, 2009: 31 y ss.

⁶ Para un análisis general sobre la prohibición de uso de símbolos religiosos en el sistema educativo europeo a la luz de la Convención, véase HOWARD, 2012.

⁷ En el Sistema del Convenio existen cuatro tipos de restricciones: generales (artículos 15 y 17-18 del Convenio, que establecen requisitos generales sobre los derechos de las personas: en los casos de derogación en caso de emergencia, la prohibición del abuso de derecho y la aplicación de restricciones sólo para los fines previstos, respectivamente); las cláusulas de limitación (artículo 11 (8) del Convenio, artículo 2 del Protocolo N° 4 y 1 del Protocolo 7); limitaciones sobre delimitación (que “delimitan el alcance de la protección de ciertos derechos y quedan excluidos explícitamente áreas específicas o personas que forman su ámbito de protección, o ‘delegan’ a las autoridades estatales la responsabilidad de regular el ejercicio de determinados derechos” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 333 y 342), por ejemplo, los artículos 2 (2), 4 (3) o (12)). También se ha desarrollado una doctrina de las limitaciones inherentes (“restricciones sobre ciertos derechos del Convenio que son consideradas como no equivalentes a una ‘interferencia’, sobre la base de que están ‘arraigadas’ en el ámbito de la garantía de estos derechos. No tienen un alcance general, se aplican sobre derechos específicos, por ejemplo, artículo 6(1) respecto del acceso al Tribunal y el artículo 3 del Protocolo No. 1 respecto del derecho a votar y a presentarse a una elección), la que surgió desde la Comisión y que hoy cuenta con un respaldo minoritario (VAN DIJK *et al.*, 2006: 343).

4. Si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal, el tipo de restricciones contempladas en los artículos 8-11 del Convenio comparten una forma básica de construcción: ellas presuponen una relación triádica entre un derecho, un contexto y un principio. Por lo tanto, el Tribunal ha interpretado estas cláusulas de limitación, basada en dicha relación triádica, en el siguiente sentido: sostiene que un derecho (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), en un contexto determinado (la educación pública), queda limitado por uno o más principios (neutralidad estatal o secularismo), o bien, el Tribunal añade que se trata del mismo derecho pero de otro titular (libertad de pensamiento, conciencia y religión de los niños y sus padres) o de un derecho diferente (derecho a la educación). La restricción sería el resultado de la confluencia de estos tres elementos: derecho-contexto-principio o derecho-contexto-derecho.⁸

5. De esta manera, aunque los Estados contratantes acuerdan los mismos derechos, cada Estado contratante posee un contexto diferente y adhiere a diferentes principios. De este modo, siguiendo con el ejemplo del artículo 9 del Convenio, si el contexto cambia, digamos si se trata de la educación privada, la restricción no se aplica (ver EVANS, 2008: 110-111). Lo mismo ocurre si cambian los principios, como hemos visto en el caso de las legislaciones internas de Francia, Turquía y Alemania respecto de la laicidad y la neutralidad.

6. La cuestión de fondo, en ambos casos analizados por el Tribunal (*Dahlab v. Switzerland and Kurtulmuş v. Turkey*), no era tanto si dichas medidas que adoptaron los Estados de Suiza y Turquía estaban o no prescritas por la Ley, en ambos casos sí lo estaban, ya que en sus respectivas legislaciones contemplaban códigos de vestimentas (*dress codes*) para los funcionarios públicos, incluidos los profesores; o si perseguían fines legítimos, ya que en ambos casos los gobiernos alegaron que dichas medidas estaban subsumidas en uno o varios de los fines del inciso segundo del artículo 9 del Convenio. Más bien, el fondo del asunto era determinar si dichas interferencias se podían considerar como necesarias en una sociedad democrática. Dicho test supone que las interferencias con los derechos protegidos por el Convenio, solo pueden ser aceptadas “si hay una

⁸ Frente a una interferencia a tales derechos (artículo 8-11), el Tribunal debe evaluar su convencionalidad, es decir, que ellas cumplan con los requisitos establecidos en el Convenio. Por ello, “cuando el Tribunal identifica una interferencia con un derecho establecido en tales disposiciones, una mayor examinación se requiere para determinar si tal interferencia puede ser justificada sobre la base de tres estándares” (VAN DIJK, 2006: 334).

relación proporcional entre la interferencia y sus objetivos legítimos”. Los estándares que el Tribunal ha establecido para realizar este test, han sido la existencia de una “apremiante necesidad social” y de “razones relevantes y suficientes” (GERARDS, 2013: 467).⁹ En cualquier caso, los Estados miembros gozan un amplio margen de apreciación a la hora de determinar la existencia de ambas.¹⁰

7. En lo que interesa aquí, uno de los puntos más relevantes es lo que remarca el Tribunal hacia el final de su decisión en el caso *Kurtulmuş v. Turkey*: “Las diferencias en las normas aplicadas por los Estados pueden, por lo tanto, ser consideradas como incluidas en el alcance del margen de apreciación”.¹¹ En otras palabras, el Tribunal está reconociendo que existe un margen de apreciación que cubre las variaciones existentes en la manera en que los Estados miembros realizan las limitaciones a los derechos humanos, incluyendo la forma en que enfrentan los conflictos entre derechos garantizados en el Convenio.

8. Por ello, estos dos casos muestran que la respuesta a la pregunta inicial de si existe una concepción compartida de los derechos humanos en Europa, no es evidente, ya que el propio Tribunal señala que las restricciones a los derechos dependerán y pueden variar en los respectivos Estados, quedando cubierta dicha variación por el margen de apreciación que el sistema del Convenio reconoce a los Estados contratantes.

9. Pero es el Tribunal quien debe determinar el alcance del margen de apreciación de que disfrutan los Estados. Parece, pues, que el Tribunal necesita gestionar dos exigencias contradictorias: por un lado, establecer un estándar mínimo, una forma paradigmática de interpretar los derechos, sus restricciones y su armonización; por otro, reconocer la diversidad en la forma en que los Estados contratantes pueden restringir o

⁹ Como señala un autor: “El Tribunal ha consistentemente establecido que el adjetivo ‘necesario’ no es sinónimo de ‘indispensable’; tampoco tiene la flexibilidad de expresiones tales como ‘admisible’, ‘ordinario’, ‘útil’, ‘razonable’ o ‘deseable’, pero ha sugerido que la interferencia debe corresponder, *inter alia*, a una ‘presión social’ y ser ‘proporcional al fin legítimo perseguido” (VAN DIJK *et al.*, 2006: 340).

¹⁰ Como señala un caso reciente: “Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una ‘necesidad social imperiosa’ para imponer una restricción dada en el interés general. Mientras que el Convenio deja a las mencionadas autoridades un margen de apreciación a este respecto, su evaluación está sujeta a la supervisión del Tribunal, con respecto tanto a la ley y a las resoluciones que la aplican, incluidas las decisiones dictadas por los tribunales independientes”. Caso *Gorzelik and Others v. Poland*, aplicación 44158/98, sentencia de 17 de febrero de 2004, §96.

¹¹ Caso *Kurtulmuş v. Turkey* (aplicación No. 65500/01), decisión del Tribunal sobre admisibilidad, 24 de enero de 2006.

armonizar los derechos. Es en este sentido que el margen de apreciación podría ser un obstáculo para una concepción compartida de los derechos humanos.

10. Lo que me propongo aquí son tres cosas. La primera, es mostrar de qué manera la explicación interpretativista del MA no logra capturar adecuadamente esta práctica del Tribunal. La segunda, es ofrecer un entendimiento de la doctrina del MA que, desde el pluralismo valorativo, permita comprender la diversidad en la forma en que los Estados contratantes pueden restringir o armonizar los derechos. La tercera, es sugerir que el pluralismo valorativo permite justificar el MA y, al mismo tiempo, sentar las bases de una concepción compartida de los derechos humanos en Europa basada en un concepto cualificado de universalidad y absolutidad de los derechos.

II

11. El concepto de margen de apreciación (en adelante, MA), es elusivo y problemático.¹² Se ha definido de muchas maneras.¹³ Estos conceptos, muestran que hay por lo menos dos problemas básicos con él: el problema ontológico y el problema de la justificación.¹⁴ El problema ontológico, se refiere a la comprensión del concepto de MA, esto es, un problema en relación con el tipo de cosas que es. Existen dos tendencias principales en esta materia. Algunos consideran que el MA es un principio interpretativo del Convenio, construido por el Tribunal y ahora reconocido por sistema.¹⁵ Así concebido, el MA se uniría al principio de proporcionalidad, la interpretación evolutiva, la interpretación autónoma, la doctrina de la alternativa menos restrictiva y la doctrina del *chilling effect*. Otros conciben al MA como una directriz-estándar (*policy standard*) del

¹² Véase TORRES PÉREZ, 2009: 29-30; LETSAS, 2007: 81; GREER, 2000: 5); MACDONALD, 1993: 85; and MERRILLS, 1993: 151.

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

¹⁴ No exploraré aquí la cuestión de la conexión conceptual entre el problema ontológico y el problema de la justificación, es decir, la dependencia de la justificación respecto de la identidad del concepto de MA que se sostenga. Me parece que sí hay una conexión, pero ello desdibujaría el problema que estoy tratando de mostrar aquí.

¹⁵ Esto se ve refrendado por la Declaración de Brighton y el Protocolo No. 15 del Convenio.

Tribunal que le sirve como herramienta analítica para adoptar decisiones concretas. Adhiero a este último concepto, pero aclaro que el objetivo de la doctrina es la gestión de los conflictos que surgen de la aplicación del Convenio. No desarrollaré aquí este punto, pero me referiré a él tangencialmente.

12. El problema de la justificación, tiene que ver con las razones que permiten comprender externamente la finalidad o propósito práctico del MA. Hay una justificación interna y general para el uso de la doctrina del margen de apreciación, tal como aparece en la jurisprudencia del Tribunal: cuando el Tribunal considera que no hay una base común, un consenso o una concepción europea uniforme entre los Estados contratantes en la aplicación de los derechos del Convenio. Es interna, porque surge de la práctica judicial del Tribunal basada en la comprensión del Convenio como *acquis conventionnel*.¹⁶ Es general, porque proviene de una inducción de la jurisprudencia del Tribunal sobre la aplicación del Convenio.

13. Una forma de conceptualizar esta justificación interna y general del MA, se basa en la distinción entre un *concepto sustantivo y estructural* del MA: “En relación con el concepto sustantivo del margen de apreciación, el Tribunal parece interpretarlo como una tensión entre las libertades individuales y los objetivos colectivos”; “el concepto estructural, por el contrario, se basa en la idea de que las autoridades nacionales están en mejores condiciones para decidir ciertos casos de derechos humanos, sobre todo en los casos en que no hay consenso entre los Estados contratantes en materia de moralidad pública” (LETSAS, 2007: 84). En este sentido, de acuerdo con Letsas, la justificación interna y general antedicha correspondería al concepto estructural del MA.

14. Debido a que el concepto estructural se relaciona más con la distribución de competencias en vez de con “la relación entre los derechos humanos y el interés público”, Letsas sostiene que el concepto estructural del MA se basa en el principio de

¹⁶ Una definición más formal de *acquis conventionnel*, señala que son “todas aquellas cosas que son agregadas al texto de un tratado de derechos humanos por la práctica real y la experiencia, subsecuentemente a su entrada en vigencia, a través de su implementación, interpretación y aplicación” (CONDÉ, 2004: 5). También, como “los principios claves para la interpretación y aplicación del Convenio” (BATES, 2010: 16).

subsidiariedad. Por el contrario, sugiere que el concepto sustantivo de MA se basa en el principio de proporcionalidad.¹⁷

15. El concepto estructural de MA es llamado también deferencia, porque trata sobre la “competencia institucional” del Tribunal para “imponer limitaciones a los poderes de revisión judicial en virtud del hecho de que el Convenio es una convención internacional” (LETSAS, 2007: 90). Para Letsas, hay dos categorías de casos en los cuales el Tribunal utiliza la deferencia con las autoridades nacionales: en primer lugar, cuando “no hay consenso entre los Estados contratantes sobre qué derechos humanos tienen los individuos”; en segundo lugar, en “los casos en que el Tribunal se remite a la decisión de las autoridades nacional, porque estas últimas están en mejor posición para decidir sobre cuestiones políticamente sensibles dentro de un Estado contratante” (LETSAS, 2007: 91).¹⁸

16. El concepto sustantivo del MA es utilizado por el Tribunal “para abordar la relación entre las libertades individuales y las metas colectivas”, se basa en dos proposiciones: “Primero, que las autoridades estatales están justificadas en adoptar las medidas, prescritas por la ley, con el fin de promover metas colectivas; y en segundo lugar, que aunque esas medidas puedan interferir con las libertades fundamentales del individuo, dicha interferencia no puede equivaler a una violación de sus derechos” (LETSAS, 2007: 84).

17. A continuación, argumentaré que la teoría de Letsas parece no capturar el núcleo del MA, porque su distinción entre un concepto estructural y uno sustantivo del MA, confunde la *interferencia* en el ejercicio de un derecho con una *restricción* o *cláusula de*

¹⁷ “El principio de proporcionalidad es, con mucho, el criterio más importante y más exigente en cuanto a si la limitación de un derecho es permisible en virtud del Convenio. Si se determina que la interferencia es proporcional o ‘necesaria en una sociedad democrática’, entonces, el derecho del Convenio no ha sido violado. Esto explica por qué algunos comentaristas directamente vinculan el principio de proporcionalidad con el margen de apreciación” (LETSAS, 2007: 86).

¹⁸ “El caso de no-consenso ha sido utilizado por el Tribunal en aplicaciones de los artículos 8-11 del Convenio, en concreto “en restricciones particulares basadas en la moralidad pública [...] esta postura ha sido criticada por dar crédito a la idea del relativismo moral y comprometer la universalidad de los derechos humanos” (LETSAS, 2007: 91). El caso de estar en mejores condiciones, ha sido utilizado por el Tribunal en los casos de derogación bajo el artículo 15 del Convenio y otros casos. Las críticas se dirigen aquí en contra de la “postura deferente” en sí misma. Por lo general, la razón principal en estos casos para apoyar la deferencia es “evitar la duplicación de procedimientos a nivel internacional y la idea que el Tribunal no debería ser convertida en una cuarta instancia” (LETSAS, 2007: 92).

limitación que reduce el alcance de un derecho.¹⁹ Esta confusión y la dependencia que la teoría de Letsas exhibe con una teoría del bloqueo de razones (*reason-blocking theory*) de los derechos humanos, conduce al colapso de la distinción, como trataré de mostrar.²⁰

III

18. Letsas considera que la proposición más importante para apoyar el concepto sustantivo del MA es el segundo (ver punto 16), porque “presupone o está vinculado a una teoría que nos dice si y cuándo una interferencia con las libertades fundamentales es inadmisibles” (LETSAS, 2007: 85). Letsas dedican un capítulo completo de su libro a la clarificación de la relación entre interferencia y una teoría apropiada, una teoría que establezca “el papel de los derechos humanos como una cuestión de moralidad política” (LETSAS, 2007: 84). Más aún, la distinción misma, entre un concepto sustantivo y uno estructural del MA, descansa en la necesidad de esa teoría para entender cuáles son las interferencias admisibles en el Convenio.

19. El argumento de Letsas descansa en lo siguiente: debido a que no tenemos “una teoría previa de lo que cae dentro del margen de apreciación estatal, que podamos usar para determinar qué actos (u omisiones) estatales equivalen a una violación”, entonces tenemos que rechazar la idea de un concepto sustantivo de MA, porque esto sería una *petitio principii*. Por esa razón, la única idea destacable tras el concepto sustantivo del MA, es el lugar común de que los derechos no son absolutos. Esto explica por qué Letsas llega a la conclusión de que “cuando el Tribunal ha utilizado lo que llamo el concepto sustantivo de la doctrina, lo hace para establecer un punto muy general y simple sobre la limitabilidad o no-absolutidad de los derechos del Convenio. No resuelve ni puede resolver la cuestión de si una interferencia particular con un derecho del Convenio es

¹⁹ En la teoría del derecho constitucional, se suele distinguir entre “el alcance de los derechos constitucionales, y la extensión de sus protecciones. El alcance de los derechos constitucionales, marca los límites de los derechos y define su contenido; el alcance de su protección, prescribe las limitaciones legales en el ejercicio si el derecho dentro de su alcance. En él se definen las justificaciones de las limitaciones del derecho por una ley sub-constitucional [...]” (véase BARAK, 2012: 19). Es posible aplicar esta distinción en el caso de los derechos y libertades del derecho internacional de los derechos humanos y, ciertamente al MA. Sin embargo, no exploraré esta cuestión aquí, solo me referiré de manera general a la idea de alcance de un derecho.

²⁰ Recientemente, Letsas ha defendido la vinculación de esta teoría con el principio de proporcionalidad, donde ha argumentado en contra de la idea de “la concepción ortodoxa de la doctrina, según la cual el punto de proporcionalidad es equilibrar los derechos contra otras consideraciones (como el interés público o los derechos de otros) con el fin de optimizar la realización de todos los valores relevantes” (LETSAS, 2015: 317).

permisible. Las referencias a la doctrina en las decisiones particulares o son superfluas o petición de principio” (LETSAS, 2007: 89).

20. Esta idea conduce a Letsas a sugerir que el único sentido relevante del MA es el estructural. El Tribunal lo hace mejor con otras herramientas, “tales como la ‘ponderación’ o el principio de proporcionalidad, con el fin de descubrir los límites de los derechos del Convenio” (LETSAS, 2007: 87-88); en vez de con el concepto sustantivo del MA. Desde aquí, Letsas puede defender su concepción (de raigambre interpretativista) sobre los derechos humanos: siguiendo la distinción de Waldron, busca rechazar las teorías de las inmunidades (o basadas en intereses) [*interest-based theories*] y, en su lugar, apoyar las teorías de bloqueo de razones [*reason-blocking theories*].²¹

21. Por lo tanto, la verdadera razón por la que Letsas rechaza el concepto sustantivo del MA se debe a que “bajo cierta comprensión del carácter moral de los derechos humanos y del papel de la revisión judicial, el uso de la doctrina es del todo injustificada” (LETSAS, 2007: 81). Esta comprensión, por supuesto, es proporcionada por una teoría de los derechos como bloqueo de razones.

²¹ Para Letsas: “Una concepción de los derechos como inmunidades es una teoría que protege los intereses fundamentales de los individuos. Una concepción de los derechos como bloqueo de razones es una teoría que bloquea las decisiones políticas basadas en ciertos tipos de consideraciones no permisibles” (LETSAS, 2007: 101). La primera, establece que “los derechos protegen los intereses individuales que son lo suficientemente importantes como para imponer obligaciones a otros (y al Estado) de respetarlos y promoverlos” (LETSAS, 2007: 101-102); la segunda, establece que “el énfasis está en si las razones para restringir la libertad o dañar un interés son permisibles” (LETSAS, 2007: 102). Letsas creen que “una teoría de los derechos como bloqueo de razones captura mejor no sólo el carácter anti-utilitaria y anti-perfeccionista de los derechos, sino también el estatus de los derechos humanos como derechos legales, es decir, como derechos que operan como condiciones para el uso legítimo de la fuerza coercitiva. Capturan la intuición, que me parece correcta, de que la protección judicial de los derechos no se trata sobre aumentar o maximizar el grado en que determinados intereses individuales se satisfacen” (LETSAS, 2007: 105). Para más detalles, véase el debate Pildes-Waldron (PILDES, 1998; 2000 y WALDRON, 2000). Como Dworkin insiste en su *Justice for Hedgehogs*: “A veces, sin embargo, la gente usa la idea de un derecho político de una manera más fuerte y exigente: para declarar que algunos intereses particulares que las personas tienen son tan importantes, que estos intereses deben ser protegidos incluso de políticas que podrían haber hecho mejor a la gente en su conjunto. Podríamos decir, capturando esta idea, que los derechos políticos son triunfos sobre justificaciones que, de otra manera, serían adecuadas para la acción política. Una política se justifica normalmente, por ejemplo, si es que ella hace más segura a la comunidad mediante la reducción de los delitos violentos: lo que es una buena justificación, todas las cosas consideradas, para aumentar los impuestos a pagar por más policía” (DWORKIN, 2011: 328-329); y concluye: “Un derecho puede ser considerado como un triunfo, por otra parte, a pesar de que podría no triunfar el interés general en casos de emergencia: cuando los intereses en competencia se dan y urgen, como cuando un gran número de vidas o la supervivencia de un Estado está en cuestión. Entonces, podríamos decir, que el triunfo fue derrotado no por una justificación común, sino por un triunfo más alto” (DWORKIN, 2011: 473).

22. Sin embargo, ¿necesitamos una teoría previa de lo que cae dentro del MA de los Estados para hacer un análisis sobre cómo opera en la práctica el MA? Para Letsas, existe un vínculo indisoluble entre una determinada concepción de los derechos humanos y lo que el Tribunal hace a la hora de interpretar la Convención, en este caso, aplicar la doctrina del MA. Sin embargo, esto no es así desde el punto de vista de una teoría liberal de los derechos humanos basadas en el pluralismo valorativo. La teoría propuesta por Letsas necesita de una teoría de los derechos como bloqueo de razones para mostrar la superfluidad del MA.

23. Para Letsas, la doctrina del MA resulta incómoda, porque tensiona su agenda interpretativista, al obstaculizar la concepción de los derechos humanos que quiere defender: por ello propugna la prescindencia del concepto sustantivo de MA, como él afirma explícitamente; y la circunscripción de la jurisprudencia del Tribunal relativa al tema (la justificación interna y general señalada en el punto 13), al concepto estructural del MA, como él afirma implícitamente.²² Aquí, hay un problema de enfoque metodológico: si se busca comprender una práctica jurisprudencial, como ciertamente lo es la doctrina del MA, no se puede buscar rechazar dicha práctica si no se acomoda a otra teoría que queremos promover.²³

24. Por el contrario, creo que es posible hacer un análisis del MA, que permita comprender los distintos intereses en juego, en los casos donde el Tribunal ha usado esta doctrina, sin la necesidad de defender una teoría de los derechos humanos como la que defiende Letsas.

²² La vinculación del concepto sustantivo del MA con la teoría de los derechos como bloqueo de razones, que Letsas desarrolla en el capítulo 4 de su libro, se muestra en la conclusión a la que él llegue allí: “algunos derechos civiles, como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y la libertad de asociación, tienen una función normativa especial. Son importantes para nuestra condición de ciudadanos libres e iguales que son responsables de la elección y la búsqueda de una concepción de la vida buena”, y que “los principios anteriores y el papel que ellos asignan a los derechos civiles están, en algún grado, hechos a la medida de su protección judicial por los tribunales” (LETSAS; 2007: 118). Lo que Letsas está diciendo es que la función normativa especial de algunos derechos se deriva de una teoría previa de los derechos como bloqueo de razones, que limita hasta donde la protección judicial puede ser extendida.

²³ Esto explicaría por qué Letsas llega a la conclusión de que: “A la larga, los tribunales pueden producir decisiones que restringen los derechos fundamentales en lugar de protegerlos, en cuyo caso hay una razón poderosa para reconsiderar lo que les permite el poder de revisión judicial” (LETSAS, 2007: 119). Por lo tanto, no hay ningún costo argumentativo para Letsas a la hora de permitir la supervivencia de un concepto estructural del MA, porque este uso estructural del MA sólo puede tener lugar dentro de los límites impuestos por su teoría de los derechos humanos como bloqueo de razones.

25. Letsas estableció dos usos del concepto sustantivo del MA. Estos usos pueden apreciarse en el caso paradigmático de cláusulas de limitaciones, que se encuentra en los artículos 8-11 del Convenio. Como Letsas argumenta, la “‘limitabilidad’ o la no-absolutidad de las libertades del Convenio” es la “idea principal detrás del concepto sustantivo del margen de apreciación” (LETSAS, 2007: 86). El primer uso del concepto sustantivo del MA, es el normativo, que busca lograr un equilibrio entre los derechos individuales y el interés público, como ya he señalado antes. El segundo uso es el finalizador, que se produce cuando el Tribunal trata de “expresar una conclusión final acerca de si una interferencia en particular con un derecho individual constituye una violación todas las cosas consideradas, es decir, una vez que el test de proporcionalidad se ha aplicado”. Para Letsas, en este caso, “la idea del margen de apreciación no se utiliza para expresar una idea general acerca de la limitabilidad de los derechos, sino que para expresar una determinación final en cuanto a si el Estado ha violado un derecho en algún caso en particular” (LETSAS, 2007: 87-88).²⁴

26. En ambos casos, el uso normativo y el finalizador, Letsas deja escapar una cuestión relevante: confunde la noción de interferencia en el ejercicio de un derecho con una cláusula de limitación que reduce el alcance de un derecho. Para comprender esto, veamos primero qué se entiende por interferencia: “La acción de un Estado que impide que un ser humano ejerza plena y libremente un derecho humano en particular” (CONDÉ, 2004: 129). Así, a primera vista, Letsas confunde un hecho (la interferencia) con un asunto normativo (la restricción). Pero esto no sería justo con el argumento de Letsas. El verdadero problema sería que confunde la determinación del alcance de un derecho, que es el objetivo del Tribunal en las aplicaciones de las cláusulas de limitación que implican restricciones de derechos, con la calificación, la determinación de su legalidad, de las interferencias con los derechos garantizados en el Convenio.

27. La diferencia entre una restricción y una interferencia, es una diferencia de composición conceptual: una restricción es un caso especial de una interferencia, es una

²⁴ Letsas rechaza este uso finalizador del concepto sustantivo del MA, porque transmite “la imagen errónea de que el espacio lógico ocupado por el margen de apreciación de una autoridad, es equivalente a todos los actos (u omisiones) que dicha autoridad puede emprender sin violar ningún derecho” (LETSAS, 2007: 87-88). Como hemos visto, esto sería una petición de principio, lo que pondría “el carro delante del caballo”, en el decir de Letsas.

interferencia cualificada.²⁵ Una interferencia es una afectación de un derecho que no implica su violación. Para comprender esto, es necesario aclarar lo siguiente: no toda acción u omisión del Estado que afecte a un derecho constituye una violación. Este es verdaderamente el espacio lógico que ocupan las interferencias: se encuentran entre las acciones u omisiones del Estado que no afectan a un derecho y las que sí los afectan violándolo. El punto de Letsas es que no podemos saber cuándo nos encontramos frente a una u otra, ya que carecemos de una teoría previa que nos lo diga. Pero el problema de las interferencias con los derechos no es un problema de las acciones u omisiones del Estado que afecten derechos, sino de las obligaciones que tienen los Estados de respetar los derechos. Sostener lo contrario, es confundir la clase de relación normativa que un derecho establece.²⁶

28. En este sentido, la distinción que debería hacer Letsas no es solo entre interferencias justificadas (restricciones) e interferencias injustificadas (violaciones), sino que la distinción previa entre interferencias con los derechos que no implican el quebrantamiento de las obligaciones de los Estados de proteger los derechos y las interferencias que sí las quebrantan. Cuando el Tribunal evalúa la interferencia que un Estado realiza sobre un derecho, que conlleva una obligación, debe determinar si dicha interferencia está o no justificada. Si lo está, entonces nos encontramos frente a una restricción de un derecho contemplada en el Convenio; sino lo está, nos encontramos frente a una violación.

29. Pero el planteamiento de Letsas dejaría un caso recalcitrante: las interferencias que no conllevan obligaciones para los Estados pero que sí son acciones u omisiones estatales. Esto es posible, ya que para él el foco está en las acciones u omisiones estatales, y la teoría que sirve para justificarlas, y no en el objeto o contenido de los derechos.

²⁵ Para los efectos de esta investigación, esto sólo es válido para los dos tipos de restricciones del sistema del Convenio: las cláusulas de limitación y la limitación por delimitación.

²⁶ Esta relación normativa es “entre el titular de los derechos y las obligaciones del obligado que conllevan un interés protegido, los derechos humanos desempeñan un papel de intermediario en el razonamiento que lleva desde el objeto a proteger de manera abstracta, por un lado, y el contenido de las obligaciones que en concreto corresponden a la necesidad de protección de dicho objeto, por otra” (BESSION, 2014: 24). En el mismo sentido, véase RAZ, 1984 y BESSION, 2005. De esta manera, como subconjunto de derechos, los derechos humanos establecen “una relación normativa (i) entre un titular de un derecho y (ii) el obligado a las obligaciones correlativas a un derecho (iii) que conllevan un objeto protegido”. El objeto posee cuatro elementos estructurales: “(iii.a) la existencia de un interés fundamental, universal y general a proteger, (iii.b) la existencia de amenazas estándar o de carácter general contra este interés que se protege, (iii.c) el carácter equitativo de la carga de proteger este interés contra dichas amenazas y (iii.d) la viabilidad de esta protección abstracta” (BESSION, 2014: 22).

30. De esta manera, no queda claro en el planteamiento de Letsas por qué necesitamos una teoría previa, sobre moralidad pública, que nos diga cuáles interferencias son permisibles y cuáles no (acorde con su teoría de bloqueo de razones), ya que el mismo rechaza la idea de un uso finalizador del concepto substantivo del MA: la idea de que el MA tiene que ver con todos los actos u omisiones que los Estados pueden emprender sin violar ningún derecho (véase LETSAS, 2007: 87-88). Por ello, él considera que la doctrina del MA se aprecia justamente en los casos de restricciones de los artículos 8-11 del Convenio. Esto revela que para Letsas existen o bien interferencias justificadas, que serían las restricciones, o bien interferencias injustificadas, que serían violaciones. Pero en ambos casos es el Tribunal quien en concreto realiza la valoración de la justificación de las interferencias. Entonces, es dudoso el papel de una teoría previa sobre moralidad pública que permita evaluar en abstracto las acciones u omisiones estatales que interfieran con los derechos: ¿De qué le serviría al Estado que en abstracto sepa cuándo puede interferir con un derecho, a qué razones puede o no puede echar mano para afectar un derecho (como defiende una teoría del bloqueo de razones), si finalmente es el Tribunal quien determinará si dichas interferencias constituyen restricciones o violaciones? Más aún, al poner el foco en dicha teoría que mira a la justificación de las interferencias en vez de al alcance de los derechos, Letsas deja espacio para concebir el caso recalcitrante.

31. Para mostrar cuál es dicho espacio, consideremos un ejemplo: los horarios de funcionamiento de una biblioteca universitaria pública. Supongamos que tengo el interés de trabajar toda la noche, ¿no es concebible el establecimiento de horarios de cierre y apertura de un espacio público de esta naturaleza, en el contexto de la educación pública universitaria, como una interferencia a mi derecho a la educación?²⁷ Supongamos ahora que el Tribunal no quiere conocer este caso y lo declara inadmisibles basado en el MA. ¿Qué habría hecho el Tribunal? ¿Habría declarado que aquí no estamos frente a una interferencia o que la interferencia estaría justificada? Creo que este ejemplo muestra justamente que hay otra alternativa: que el Tribunal en realidad muestra que es posible concebir interferencias con un derecho que no generan obligaciones para el Estado. Si

²⁷ Se podría objetar que aquí en realidad hay un problema respecto de la estructura de los derechos humanos: que el interés en que las bibliotecas universitarias se mantengan abiertas toda la noche no es un interés fundamental y general que sea lo suficientemente importante para generar obligaciones a un Estado. Pero la determinación de la obligación, que porta el interés a proteger, queda entregada al Tribunal, ya que ella es relativa y debe evaluarse en concreto. Esta es justamente la razón de por qué el Tribunal consideró que los códigos de vestimenta de Suiza y Turquía que prohibían el uso de hiyab a los profesores para impartir sus clases en escuelas públicas, no constituían una violación del Convenio.

esto fuera cierto, una teoría de la moralidad pública, por la que aboga Letsas, debería también poder cubrir estos casos.

32. Uno de los usos que el Tribunal ha dado al MA ha sido justamente como requisito de admisibilidad de las demandas presentadas.²⁸ A este respecto señala: “Si durante el examen preliminar de la demanda, el Tribunal está convencido de que las condiciones expuestas más arriba se han cumplido y que, a la luz de todas las circunstancias pertinentes del caso no hay desproporción evidente entre los fines perseguidos por la injerencia estatal y los medios utilizados, declarará inadmisibile la queja en cuestión por carencia manifiesta de fundamento. La motivación de la decisión de inadmisibilidad es entonces idéntica o análoga a la que Tribunal adoptaría en una sentencia que declara en relación con el fondo del asunto, que no hay violación del Convenio”.

33. Entonces, en el caso de inadmisibilidad, ¿qué declara el Tribunal? Aquí, creo que el tribunal prejuzga el caso, señala que lo que el Estado hizo queda cubierto por el MA. ¿Pero no debería hacer esto luego de un análisis de fondo? Ciertamente, queda descartado que respecto de la inadmisibilidad el Tribunal declare que: (i) no hay violación o que (ii) hay una restricción a un derecho, ya que las respuestas (i) y (ii) son equivalentes: en ambos casos lo que el Tribunal diría es que estamos frente a una interferencia estatal justificada, porque si fuera injustificada, tendría que declarar la violación, lo que no puede hacer en el juicio de admisibilidad. Luego, lo que creo que lo que el Tribunal quiere decir es: (iii) que hay una interferencia pero que ella no conlleva una obligación del Estado que haya podido quebrantar.²⁹ El Tribunal no podría declarar que la interferencia está justificada, simplemente porque dicho análisis corresponde al fondo del asunto: al hacerlo, señalaría que estamos frente a una restricción en vez de que frente a una

²⁸ Los párrafos 394-396 de la *Guía práctica sobre admisibilidad* del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (2014), señala: “Cuando el Tribunal debe examinar la injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de uno de los derechos arriba mencionados, procede siempre un análisis en tres fases”, cuyo propósito es determinar la legalidad de la injerencia, la persecución de fines legítimos y que ella sea necesaria en una sociedad democrática. El MA de apreciación se despliega en la tercera fase. “Sólo en el caso de una respuesta afirmativa a cada una de las tres cuestiones, la injerencia es considerada conforme al Convenio, mientras que una respuesta negativa entraña la constatación de una violación”.

²⁹ Siendo riguroso, creo el Tribunal pudiera querer decir que, en vez de no haber obligación, no hay realmente un interés lo suficientemente importante, fundamental y general a ser protegido. Porque decir que no hay obligación del Estado de proteger un interés en este caso, quizás podría ser interpretado como que no existe un derecho en primer lugar. Esta consideración puede ser un obstáculo a lo que defiendiendo aquí, pero no puedo hacerse aquí cargo de ella.

violación. Por lo tanto, la propuesta de Letsas no logra cubrir este caso recalcitrante donde le Tribunal claramente usa la doctrina del MA.³⁰

IV

34. Volvamos ahora al uso apropiado del MA, es decir, al caso de las restricciones. Como dije, una restricción tiene una estructura triádica. Ahora agregaré que, a diferencia de aquélla, una interferencia no tiene dicha estructura. Más bien, Letsas propondría para ellas una estructura diádica: sería la manera de conectar un derecho y una acción u omisión estatal. En este sentido, una interferencia sería intercontextual, es decir, operaría en varios contextos de la misma manera. Por el contrario, como señalé, una restricción varía conforme al contexto en que se analice.

35. Lo que está en disputa es en realidad una cuestión más profunda que la mera determinación del caso paradigmático donde el Tribunal usa el MA. En realidad, aquí se está discutiendo la idea que los derechos mismos, su contenido y extensión, varían según lo hacen las restricciones que se aplican, las que delimitan el contenido del derecho en general. Detrás de esta teoría hay una concepción de los derechos como limitados *ab initio*, de manera que la adjudicación solo identifica esos límites pre-existentes. Ello solo es posible si se reconoce la distinción entre el objeto de un derecho y su contenido. Como vimos, el objeto de un derecho humano tiene que ver con un interés humano, interés que puede ser especificado de múltiples maneras, ya que son abstractos: así, de la misma manera que el derecho a la libertad religiosa incluye el uso de las vestimentas que la religión que se practica obliga utilizar, el derecho a la educación incluye el libre acceso por tiempo ilimitado a las bibliotecas públicas. Por su parte, el contenido de un derecho tiene que ver con la existencia o no de una obligación correlativa por parte del Estado para proteger dichos intereses. Esta obligación es concreta y siempre la determina el Tribunal. En consecuencia, el MA tiene que ver con el contenido de los derechos humanos y, al mismo tiempo, con la determinación de su alcance, es decir, de qué manera dicho alcance viene condicionado por las restricciones, que limitan *ab initio* los derechos.

³⁰ En otras palabras, en el juicio de admisibilidad el Tribunal estaría realizando un análisis del contenido de un derecho en un aspecto crucial de éste: la obligación de protección, pero no si la interferencia está justificada, lo que debería analizar en el fondo. Entonces, parece que este caso muestra que el MA tiene que ver con las obligaciones que tiene el Estado y no con las interferencias, con las acciones u omisiones estatales permisibles, lo que contradeciría el planteamiento de Letsas.

36. En el caso de las restricciones, el Convenio presupone una teoría básica de los derechos basada en los intereses: el establecimiento de las limitaciones específicas que un Estado pueda aplicar sobre derechos específicos. Esto, no sólo porque en todas las disposiciones que contienen restricciones (los casos de cláusulas de limitación y limitación por delimitación), el Convenio utiliza la fórmula “en interés de...”; sino que debido a que es posible iluminar la práctica del MA sin ninguna referencia a una teoría de la moralidad política, como sostiene Letsas.

37. Entonces, ¿cuál sería la diferencia central entre la teoría básica de los intereses y la teoría de Letsas?³¹ Para él, una “teoría de los derechos humanos basada en intereses, sugiere que hay una lista de intereses vitales que son universalmente compartidos por todas las personas (en virtud de su humanidad) y que hay que proteger en un grado significativo, antes de que otros intereses se tengan en cuenta. Esta teoría está marcada por un elemento de maximización”. Por ello, Letsas señala que: “Creo, sin embargo, que una teoría de los derechos como bloqueo de razones capta no sólo el carácter anti-utilitaria y anti-perfeccionista de los derechos, sino también el estatus de los derechos humanos como derechos legales, es decir, como derechos que operan como condiciones para el uso legítimo de la fuerza coercitiva” (LETSAS, 2007: 105).

38. La teoría básica de los intereses, que el Convenio asume, explica por qué algunos derechos, solo unos pocos muy importantes, no pueden ser restringidos: el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3); el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre (artículo 4 (1)); el derecho a no ser condenado por una conducta que no era un delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que ocurrió (artículo 7 (1)); y a no tener una pena más grave impuesta por un hecho que la que era aplicable cuando el delito se haya cometido (artículo 7 (1)) (MCHARG, 1999: 671). En consecuencia, en ningún caso el MA se puede aplicar sobre la calificación de estos derechos, porque el ejercicio de ellos es sin restricciones. Esto demuestra que en realidad existen algunos pocos intereses humanos más importantes que otros protegidos, que el Convenio protege.

³¹ Robusta, ya que utiliza incluso nociones más vagas para tratar de explicar lo que quiere explicar, por ejemplo, nociones como la dignidad o el bienestar humano. Por el contrario, el concepto de interés es más sencillo, porque se encuentra en una relación dialógica con las pasiones (véase HIRSCHMAN, 1997).

39. Por ello, siguiendo con nuestro ejemplo inicial, en el caso del MA, la pregunta que el Tribunal busca contestar es saber hasta dónde se extiende la libertad de creencias y trabajo de los profesores versus la libertad de creencias y el derecho a la educación de los estudiantes y sus padres, o la libertad de creencias y el principio de neutralidad o laicidad (en un contexto dado, un conflicto entre derechos o un conflicto entre derechos y principios); y no, como sugiere Letsas, la pregunta si el Estado puede o no limitar el uso de hiyab de los profesores en la sala de clases, donde no existe conflicto si se entienden los derechos de la manera en que él propone.

40. Entonces, dado que el MA surge y se desarrolla estrechamente vinculado a la aplicación de restricciones, los artículos 8-11 del Convenio, y que las restricciones tienen una estructura triádica, es que propongo que el propósito del MA, tal y como lo utiliza el Tribunal en su jurisprudencia, es la confrontar los eventuales conflictos que surjan en la evaluación de las restricciones que el Estado puede aplicar sobre derechos. Como vimos, estos conflictos pueden ser entre derechos-contextos-principios o entre derechos-contextos-derechos. ¿De qué manera se pueden enfrentar estos conflictos? Creo que la respuesta se encuentra en el pluralismo valorativo, que lejos de negar el conflicto que surge de la diversidad de las restricciones que los distintos Estados contratantes pueden aplicar sobre los mismos derechos, lo enfrenta y reconoce su valor genuino.

41. ¿Qué ofrece el pluralismo valorativo? El pluralismo de valores de Isaiah Berlin es la tesis de que existe una diversidad irreductible de valores que informan la acción humana. Esta tesis es doble. Por un lado, es una forma de explicar las acciones de cualquier forma de vida, individual o colectivamente considerada. Esto implica, por un lado, un enfoque descriptivo de los valores, fines o bienes humanos, caracterizándolos como múltiples, objetivos, conflictivos e inconmensurables (BERLIN, 1999: 67; 2002: 42 y 216), y, por otro lado, un enfoque normativo, que se basa en la definición de lo que constituye un ser humano normal, al que individual o colectivamente se le atribuye un conjunto mínimo e irreductible de valores, fines o bienes (BERLIN, 1992: 52; 1999: 67-68; 2002: 24 y 210). Por otra parte, el pluralismo valorativo es una forma de justificación de la elección de valores, fines o bienes humanos en conflicto, a la luz de, o de manera coherente con, el patrón general de vida perseguido por una forma de vida individual o colectiva, lo que, a su vez, refleja una combinación contingente de valores, bienes o fines que constituyen dicha forma de vida (BERLIN, 1992, 53-54; 2002: 42). Pero la elección

entre valores, fines o bienes produce pérdidas que pueden reducirse, por medio de *trade-offs*, pero nunca pueden eliminarse.³²

42. Hay una tensión interna en el pensamiento de Berlin que, en lugar de debilitar su argumento, muestra su capacidad para hacer frente a algunos de los problemas más relevantes de la filosofía del derecho internacional. Esta tensión muestra la ambivalencia del pluralismo: éste defiende la idea de que los valores, fines o bienes son elegidos por los individuos, pero, al mismo tiempo, defiende la idea de que hay un núcleo de valores comunes que nos constituyen como seres humanos.³³ Esta tensión ayuda al pluralismo a poder confrontar el problema sugerido al principio: ¿cómo es posible tener una concepción compartida de los derechos humanos en la diversidad y pluralidad de las formas de vidas individuales y colectivas?³⁴ Sobre este tema, el pluralismo ofrece construir un entendimiento de los derechos humanos que sea capaz de superar la concepción trivial tanto de la universalidad como de la absolutidad de los derechos humanos, y, al mismo tiempo, reemplazarla por una concepción calificada de ambos.

43. En este sentido, para el pluralismo, el MA fue diseñado para hacer frente a los conflictos inherentes que surgen a partir de la especificación de los derechos y libertades, que contempla el Convenio, en los diferentes contextos de los Estados contratantes, los

³² En su dimensión explicativa, el pluralismo valorativo propone una explicación general de los valores, fines o bienes humanos como una condición necesaria para la mutua comunicación e inteligibilidad humana (BERLIN, 1992: 54; 1999: 67; 2002: 44-45; LUKES, 1998: 104). En su dimensión justificativa, el pluralismo valorativo se ocuparía de los conflictos que surgen con las combinaciones contingentes de valores, fines o bienes humanos, en una forma de vida individual o colectiva (BERLIN, 1999: 68-69; 2002: 47). El pluralismo no tiene que ver con la validez de un valor singular. Por el contrario, en la metáfora de Berlin, tiene que ver más bien con “la constelación de valores que da esbozo mi forma de vida” (LUKES, 1998: 100).

³³ La tensión es la siguiente: “Berlin vino a dar cuenta no de los orígenes de los valores, sino de la forma en que los valores nos parecen —es decir, se trasladó desde las reivindicaciones noumenales respecto de dónde proceden o residen los valores, hacia las afirmaciones fenoménicas sobre nuestra experiencia de los valores. Mientras que su concepción de la naturaleza de los valores, como se expresa en SVOE [‘Subjective versus Objective Ethics’, hacia 1950. Publicado primero en PIRA, 2006] y en PIRA [*Political Ideas in the Romantic Age* (2006, 2014)], fue central en su obra, esto también apuntó a una gran tensión en su pensamiento. Berlin discute la opinión de que los fines son dados en vez de elegidos, de que son al mismo tiempo general e individualmente humanos, naturaleza personal que dicta los fines que los individuos eligen y persiguen. Pero también a menudo parece apelar a la idea de que en realidad hay verdades inherentes e inalterables de la naturaleza humana, así como seres individuales, complejos y proteanos [*protean*], que no deberían ser obligados a ajustarse a las normas y exigencias que no son naturales para ellos” (CHERNISS; 2014: LXXII).

³⁴ Otra forma de ver este punto es el siguiente: Por un lado, el pluralismo rechaza la idea de la maximización de la moral, defiende, en cambio, la idea de la inconmensurabilidad de los valores humanos, los fines y los bienes. Por otra parte, el pluralismo no es una forma de perfeccionismo moral, más bien se muestra escéptico sobre este punto.

que adhieren a diferentes principios.³⁵ En este sentido, el MA es una herramienta “para equilibrar la uniformidad y la diversidad dentro de un sistema jurídico internacional de protección de los derechos humanos” (BREMS, 2001: 361). La doctrina del MA sirve para lograr una cierta flexibilidad en los derechos y libertades del Convenio.³⁶ Su propósito finalmente es gestionar el conflicto inherente a la aplicación del Convenio. ¿Cómo puede la diversidad contextual tener cabida dentro del derecho internacional de los derechos humanos? Aceptando que los derechos humanos no son universales y absolutos *simpliciter*.

44. Lo primero, es reconocer la existencia de diversos sentidos en que puede haber conflicto entre valores, fines o bienes humanos. Bernard Williams caracterizó el problema de los conflictos de valores previniéndonos de dos trucos usuales que se han utilizado en el debate. El primero, suponer que el caso de conflicto entre dos obligaciones, una se evapora (caso de la promesa de caridad al padre moribundo), es el caso paradigmático o patrón que permite resolver los casos más complejos de conflicto de valores. El segundo, que los partidarios de la idea de que “deber implica poder” son incapaces de explicar por qué en el caso en que una obligación supere a la otra el agente (la más rigurosa a la menos rigurosa) coloca al agente en la posición de tener que realizar algún tipo de actividad compensatoria (véase WILLIAMS, 1993: 101 y ss.). Es pertinente realizar esta distinción, ya que, como vimos la agenda interpretativista adopta como estrategia que busca la negación del conflicto. Para el pluralismo valorativo, dada las características de los valores humanos, los conflictos no solo proliferan en el ámbito moral y son inextinguibles, sino que primeramente son genuinos.

45. Por ello, el pluralismo valorativo ha reconocido la existencia de diversos tipos de conflictos morales: conflictos de obligaciones “presentan un conflicto entre acciones

³⁵ La especificación de los derechos tiene por objeto resolver los conflictos entre las reglas o principios que establecen derechos en un proceso de adjudicación, como una alternativa a enfoques sustantivos y particularistas: al contrario de ellos, el especificacionismo “consiste en la reducción del ámbito de aplicación de los principios, preservando su rigor” (MORESO, 2012: 39). Ver también SCHÄFER-LANDAU, 1995.

³⁶ El MA “sirve para una serie de funciones que están vinculados a la función judicial, como tal, en particular, como una expresión de la restricción judicial y del control limitado de la decisión política, y como una ayuda para la interpretación. Sin embargo, más importante aún, es ser entendido a la luz de la situación particular del Tribunal como un organismo supranacional que hace cumplir las normas de derechos humanos. La doctrina del MA demarca el espacio dejado para el ejercicio de la soberanía nacional. El Tribunal es subsidiario de los sistemas nacionales de los Estados contratantes. Al contrario de, por ejemplo, las normas que emanan de la Unión Europea, que no buscan reemplazar la legislación nacional. Absoluta uniformidad de las normas nacionales no es la meta” (BREMS, 2001: 360).

determinadamente especificadas”; conflictos trágicos “son además peculiares en el sentido de que se encuentran más allá de las trayectorias ordinarias del pensamiento moral”; conflictos de valores “que se encuentran en un nivel en que la interpretación en la acción es menos determinada e inmediata”; y conflictos de virtudes “aún más lejos de la elecciones particulares de acción o política se encuentran las evaluaciones de las características humanas admirables, o virtudes, como el valor, la delicadeza, la honestidad, la independencia de espíritu, etc.” (WILLIAMS, 1993: 102-103).³⁷

46. De cualquier manera, enfrentar dicha variedad de conflictos morales requiere de un entendimiento adecuado del razonamiento práctico.³⁸ Como afirma Berlin, si los valores son múltiples y entran a menudo en conflicto unos con otros, si, además, son inconmensurables, vale decir, igualmente últimos, de igual valor e incomparables, y si, finalmente, son objetivos, vale decir, su posesión nos hace ser la clase de seres que somos, a pesar de que su contenido cambie en el tiempo y entre las distintas formas de vida; la pregunta que surge es, ¿cómo se solucionan los conflictos entre valores, fines o bienes?

47. Se han intentado varias respuestas a esta pregunta. Una de ellas la sugiere Crowder, en el sentido de que dichos conflictos estarían infradeterminados por la razón, ya se trataría de una cuestión de preferencias personales, en al que solo cabe elegir (véase CROWDER, 1994). Este artículo tuvo una concisa, contundente y bien estructurada respuesta por parte de Isaiah Berlin y Bernard Williams. Ellos parten reconociendo que el artículo de Crowder identifica correctamente al pluralismo con la tesis de la inconmensurabilidad, en los términos de que no existe una medida común para tasar los valores, lo que implica “que no hay otro procedimiento determinado y general para resolver conflictos” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 306). Critican que se refiera a la

³⁷ Otra nomenclatura propuesta ha sido: “obligaciones conflictivas”; “conflictos de fines, metas o valores”; “conflictos entre concepciones del bien”, por ejemplo, códigos morales; “conflictos entre afirmaciones morales de diferente tipo”, por ejemplo, deontología y consecuencialismo (LUKES, 1991: 5-7).

³⁸ A este respecto, el problema que enfrenta la propuesta de Berlin no es qué causa el conflicto moral, que según Berlin se debe a las características intrínsecas de los valores humanos y a las limitaciones de la vida humana, que permiten instanciar solo una cantidad finita de valores; sino, cómo solucionar los conflictos de valores. Aquí solo cabe señalar que el motor del conflicto moral es que los valores son inconmensurables. Los comentaristas han entendido que esto quiere decir dos cosas. El caso general, donde inconmensurabilidad quiere decir incomparabilidad, porque no existe una escala única de valores (véase CHANG, 1997: 1), o el caso especial, cuando estamos en un caso concreto y tenemos que elegir entre valores igualmente últimos, situación en la cual se rompe la relación de transitividad, el caso donde “ninguno es mejor que el otro o que son todos de igual valor” (RAZ, 1986: 342), pudiendo ser el caso que A sea mejor que B y B mejor que C, pero en caso alguno se puede afirmar que por eso A sea mejor que C. Raz llama a esto la marca de la inconmensurabilidad.

inconmensurabilidad de los valores en términos de que está infradeterminada por la razón, sin explicar qué quiso decir con eso. Esta idea aplicada a la adjudicación, sugiere que los conflictos de valores, fines o bienes que subyacen a los derechos y libertades, se resuelven discrecionalmente.

48. Para Berlin y Williams, Crowder quiere decir que “si en una situación particular yo creo que, digamos, la lealtad es más importante que la justicia, no hay espacio para que cualquiera esté racionalmente de acuerdo o en desacuerdo conmigo” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 307). Su acusación sería que Crowder sugeriría que, en un contexto determinado, las consideraciones para elegir algo o no serían racionales, o bien sería una cuestión de gustos.

49. Pero, ¿por qué suponer que esos juicios son menos racionales o razonables de lo que podría ser una regla de prioridad [*priority rule*], o un caso de juicios de importancia? A este respecto señalan: “Es verdad que hay algunos conflictos, particularmente aquellos asuntos de política pública, que es mejor decidir por reglas simples y públicas que por juicios de importancia”, como también hay otros asuntos que bien vale la pena dejarlos a tales juicios. Pero no hay “un procedimiento mecánico para decidir cuál es cuál”. Recalcan que “las decisiones prácticas no pueden ser hechas en principio de manera completamente algorítmica”. Señalan que Crowder se muestra inseguro de decidirse por cuál de las diferentes visiones de los potenciales conflictos de valores adscribe al pluralismo: si aquella que señala “que no es un requerimiento de la razón que debe haber un valor que en todos los casos prevalezca sobre otros” o de que “la razón no tiene nada que decir” (BERLIN y WILLIAMS, 1994: 307).

50. ¿Cómo puede conectar el pluralismo valorativo y el MA? Los conflictos que surgen de esta diversidad de restricciones a los derechos, es un conflicto de intereses diferentes en variaciones contextuales.³⁹ Pero el pluralismo no es lo mismo que una forma

³⁹ El Tribunal “indica que el alcance del margen de apreciación de los Estados miembros varía entre otros factores, de acuerdo con ‘la naturaleza del derecho del Convenio en cuestión, su importancia para el individuo y la naturaleza de las actividades de que se trate’. Regularmente el Tribunal restringe el margen de apreciación debido a la ‘importancia’ de un derecho. La etiqueta ‘importante’ se fija en el derecho como un todo, por ejemplo, a la libertad de expresión o la libertad de asociación.

Sin embargo, una visión más cercana al mayor escrutinio que resulta de la restricción del margen de apreciación es en hecho limitada a un cierto aspecto de un derecho o para el ejercicio de un derecho en ciertos contextos. De ahí que el criterio de la ‘naturaleza de las actividades de que se trate’. La impresión creada es que ciertas actividades pertenecen al núcleo del alcance de un derecho” (BREMS, 2001: 367).

sofisticada de relativismo, como quizás lo es el particularismo moral. El pluralismo reconoce que sólo uno pocos intereses humanos tienen un estatus diferente. Para el pluralismo, el Convenio protege los diferentes tipos de intereses humanos consagrados en derechos y libertades, estos intereses humanos son valores, fines o bienes que son inconmensurables, por lo que no es posible resolver el conflicto entre ellos apelando a un valor, fin o bueno superior. Sin embargo, hay intereses más importantes que otros, dependiendo del contexto, a excepción de unos pocos intereses vitales que son compartidos por todos los individuos, que, en el lenguaje del Convenio, son derechos y libertades cuyo ejercicio no puede ser restringido y conforman el núcleo de la noción de un ser humano normal.⁴⁰ Serían, en este sentido, invariables o inmunes al contexto. En este sentido, la ponderación [*balancing*] de intereses tiene límites: Esta es la diferencia entre el pluralismo y el particularismo. Creo que solo en base a esta idea, es posible construir una concepción cualificada de la universalidad y la absolutidad de los derechos humanos.

Bibliografía

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerp, Oxford y New York: Intersentia.

——— (2011). “Disharmony in the process of harmonisation?”, en M. Andenas y C. Baasch (eds.), *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham UK and Northampton MA: Edward Elgar, pp. 95-114.

BARAK, Aharon (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (trad. D. Kalir). Cambridge: Cambridge University Press.

BERLIN, Isaiah (1992). “La persecución del ideal”, en del mismo *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas* (ed. H. Hardy, trad. J.M. Álvarez). Barcelona: Ediciones Península, pp. 37-65.

——— (1999). “Mi andadura intelectual”, en P. Badillo y E. Bocardó (eds.), *Isaiah Berlin. La mirada despierta de la historia* (trad. P. Badillo O’Farrell). Madrid: Tecnos, pp. 55-81.

——— (2002). *Liberty: Incorporating ‘Four Essays on Liberty’*. Oxford: Oxford University Press.

BERLIN, Isaiah y WILLIAMS, Bernard (1994). “Pluralism and Liberalism: a Reply”, *Political Studies*, Vol. XLII, No. 2 pp. 306-309.

BESSION, Samantha (2005). *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing.

——— (2014). “Structure et nature des droits de l’homme”, en M. Hertig Randall y M. Hottelier (eds.), *Introduction aux droits de l’homme*, Genève: Schulthess; Editions Yvon Blais, pp. 19-38.

⁴⁰ Por supuesto, este concepto es contingente y ha cambiado a lo largo de la historia, pero sería aún objetivo y accesible para todos los seres humanos. Esto, por supuesto, cuestiona al ideal liberal clásico de que los seres humanos actúan siempre movidos por el interés propio (véase GALSTON, 2014: xv-xvi).

CHANG, Ruth (1997). *Incommensurability, incomparability and Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press.

CHERNISS, Joshua (2014). "Isaiah Berlin's Political Ideas: From the Twentieth Century to the Romantic Age", in Isaiah BERLIN, *Political Ideas in The Romantic Age* (ed. Henry Hardy), Princeton, NJ: Princeton University Press, pp. xliii-xcii.

CONDÉ, H. Victor (2004). *A Handbook of International Human Rights Terminology*. Lincoln and London: University of Nebraska Press.

CROWDER, George (1994), "Pluralism and Liberalism", *Political Studies*, Vol. XLII, No. 2, pp. 293-305.

——— (1996). "Communication: Isaiah Berlin and Bernard Williams: Pluralism and Liberalism, a Reply", *Political Studies*, Vol. XLIV, No. 4, pp. 649-651.

——— (1998), "John Gray's Pluralist Critique of Liberalism", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 15, No. 3, pp. 287-298.

DWORKIN, Ronald (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.

EVANS, Malcolm (2008). *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas* (Council of Europe Manuals. Human Rights in Culturally Diverse Societies). Leiden y Boston: Martinus Nijoff Publisher.

GALSTON, William (2014). "Foreword", in Isaiah BERLIN, *Political Ideas in The Romantic Age* (ed. Henry Hardy), Princeton, NJ: Princeton University Press, pp. xi-xxii.

GERARDS, Janneke (2013). "How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 2, pp. 466-490.

GRAY, John (2013). *Isaiah Berlin: An Interpretation of His Thought*. Princeton: Princeton University Press.

GREER, Steven (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

HARRIS, Ian (2004). "Berlin y sus críticos", en Isaiah Berlin, *Sobre la libertad* (ed. H. Hardy, trad. A. Rivero). Madrid: Alianza, pp. 391-408.

HSIEH, Nien-hê (2007). "Incommensurable Values", en Edward Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Stanford University [Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>].

HIRSCHMAN, Albert (2014). *Las pasiones y los intereses* (trad. J. Solé). Madrid: Capitán Swing. [HIRSCHMAN, Albert (1997). *The Passions and the Interests*. Princeton: Princeton University Press].

HUSTER, Stefan *et al.* (2009). *Estado y cultura*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.

HOWARD, Erica (2012). *Law and the Wearing of Religious Symbols. European bans on the wearing of religious symbols in education*. London: Routledge.

LABORDE, Cécile (2008). *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

LEGG, Andrew (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press.

LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: OUP. [Chapter 4, “Two Concepts of the Margin of Appreciation” and Chapter 5, “Liberal Principles of Human Rights Interpretation”).

——— (2015). “Rescuing Proportionality”, en Rowan Cruft, S. Matthew Liao y Massimo Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

LUKES, Steven (1991). *Moral conflict and politics*. Oxford, England: Oxford University Press.

——— (1998). “Isaiah Berlin. In conversation with Steven Lukes”, *Salmagundi*, No. 120, pp. 52-134.

MACDONALD, Ronald St. John (1993). “The Margin of Appreciation”, en R. St. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers (pp. 83-124).

MARTÍN, María y MÜLLER-GRUNE, Sven (2004). “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, No. 70, pp. 313-336.

MATSCHER, Franz (1993). “Methods of Interpretation of the Convention”, en R. St. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers (pp. 63-81).

McHARG, Aileen (1999). “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, Vol. 62, No. 5, pp. 671-696.

MERRILLS, J.G. (1993). *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester: Manchester University Press.

MORESO, José Juan (2012). “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism”, *Ratio Juris*, Vol. 25 No. 1, pp. 31-46.

PILDES, Richard (1998). “Why Rights are not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 2, pp. 725-736.

——— (2000). “Dworkin’s Two Conceptions of Rights”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, pp. 309-315.

RAZ, Joseph (1984). “On the Nature of Rights”, *Mind*, Vol. 93, No. 370, pp. 194-214.

——— (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford, England: Clarendon Press.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2013). *Laicidad y Constitución*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

SHAFER-LANDAU, Russ (1995). “Specifying Absolute Rights”, *Arizona Law Review*, Vol. 37, No. 1, pp. 209-225.

SKORUPSKI, John (1996). “Value-Pluralism”, en ARCHARD, David (ed.) (1996), *Philosophy and Pluralism*. Cambridge, England: Cambridge University Press, pp. 101-115.

TORRES PÉREZ, Aida (2009). *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford: Oxford University Press.

VAN DIJK, Pieter *et al.* (eds) (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen and Oxford: Intersentia. Chapter 5. The System of Restrictions (revised by Yutaka Arai), pp. 333-350.

WALDRON, Jeremy (2000), "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, pp. 301-307.

WILLIAMS, Bernard (1993). *La Fortuna moral. Ensayos filosóficos, 1973-1980* (trad. S. Marín). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

YOUROW, Howard Charles (1996). *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.