

## LA VAGUEDAD Y EL ESTADO DE DERECHO: UNA CRISIS EN LA ADJUDICACIÓN DE DERECHOS HUMANOS\*

TIMOTHY ENDICOTT\*\*  
OXFORD UNIVERSITY, REINO UNIDO  
timothy.endicott@law.ox.ac.uk

RESUMEN: Todo sistema legal necesita normas vagas, y luego el sistema necesita tribunales que resuelvan disputas sobre la aplicación de normas vagas. La vaguedad y el Estado de Derecho no son necesariamente incompatibles. Pero tampoco son necesariamente compatibles. Cuando las leyes vagas llevan a decisiones judiciales arbitrarias, un sistema legal pierde el Estado de Derecho hasta cierto punto. ¿Cómo podemos distinguir entre situaciones en las que la vaguedad desvirtúa o no el Estado de Derecho? Voy a abordar esta pregunta discutiendo la adjudicación de Derechos Humanos. Algunas de las normas más vagas de los sistemas legales se usan en las cartas de Derechos, y estas disposiciones pueden resultar en litigios que desafían la racionalidad, y por lo tanto, la legitimidad de la toma de decisión judicial.

Palabras claves: *vaguedad, Estado, Derechos Humanos, adjudicación.*

## THE VAGUENESS AND THE STATE OF LAW: A CRISIS IN THE HUMAN RIGHTS ADJUDICATION

ABSTRACT: Every legal system needs vague rules, and then the system needs courts that solve problems about the application of vague rules. The vagueness and the State of Law are not necessarily incompatible. But either are necessarily compatible. When the vague rules to an arbitrary judicial decisions, a legal system lost the “State of Law” until certain point. How can distinguish between situations which the vagueness weakens or not the State of Law? I’ll approach this question discussing the idea of human rights adjudication. Some of the vaguest rules of the legal systems are used in the constitutions and these dispositions would crash into litigations who defy the rationality, therefore the legitimacy of the courts work.

Keywords: *vagueness, state, human rights, adjudication.*

\* Trabajo recibido el 5 de octubre y aprobado el 4 de diciembre de 2011.

\*\* Decano de la Facultad de Derecho, Oxford University. Fellow in Law en Balliol College. DPhil in Legal Philosophy, Oxford University. MPhil in Comparative Philology, Oxford University. Abogado, Universidad de Toronto.

## 1. PRESENTACIÓN

Dirigir los asuntos humanos con precisión da una certeza acerca de lo que se debe hacer, y no deja nada a discreción de las personas que deben acatar o bien, a las personas o instituciones que están autorizadas para determinar el efecto y la aplicación de las reglas. Dirigir los asuntos humanos de una forma vaga deja incertidumbre y confiere discreción a las personas que deben acatar y también a las personas o instituciones autorizadas para aplicar las normas. Por lo tanto, parece atractivo pensar que la vaguedad es anti-ética con respecto al Estado de Derecho. Eso sería un error. Todo sistema legal necesita reglas vagas. La normativa general de la inmensa variedad de actividades que deben normarse en cualquier comunidad es imposible sin leyes vagas. Ninguna comunidad podría lograr el control ordenado y regular sobre la vida comunitaria, que es característica de los sistemas legales, sin leyes vagas. La ley regula la propiedad, el comercio, ciertos aspectos de las relaciones familiares y el uso de la violencia entre las personas, entre otras muchas cosas. Aunque las normas precisas pueden ser útiles o incluso esenciales para propósitos particulares en cada una de estas áreas, el proyecto de imponer reglas generales en cada área exige también, reglas vagas. Para tomar sólo un conjunto de ejemplos (aunque es un conjunto muy grande): incluso las áreas de la ley en las que la precisión es muy importante, tales como el Derecho fiscal, necesitan reglas vagas. Las tasas de impuesto exactas son valiosas para decirle al contribuyente exactamente qué obligación enfrenta, y también lo son para restringir la discreción de los recaudadores de impuestos. Sin embargo, los regímenes fiscales necesitan categorizaciones de la actividad comercial humana que están destinadas a ser vagas, tales como el ingreso, el comercio o la propiedad, a las cuales deben aplicarse las tasas de impuesto exactas. Aquellas categorizaciones deben ser vagas, debido a la diversidad de actividades comerciales, y debido a que una categorización precisa sería demasiado amplia o demasiado estrecha. Asimismo, daría a los evasores una manera de burlar (evadir) la ley. Ningún sistema podría restringirse a impuestos precisos.

No es necesario eliminar la vaguedad en la ley para que un Estado logre el Estado de Derecho. Por el contrario, la gobernabilidad por ley necesita normas vagas. Si existe una buena razón para la vaguedad de las leyes y si el sistema tiene tribunales independientes para resolver las disputas que inevitablemente resultan de la aplicación de normas vagas, puede hacer todo lo que esperamos de un sistema legal.

Por lo tanto, la vaguedad y el Estado de Derecho no son necesariamente incompatibles, pero tampoco son necesariamente compatibles. Cuando leyes vagas llevan a decisiones judiciales arbitrarias, un sistema legal pierde el Estado de Derecho hasta cierto punto. ¿Cómo podemos distinguir entre situaciones en las cuales la vaguedad desmerece o no el Estado de Derecho? Voy a abordar esta pregunta discutiendo la adjudicación de Derechos Humanos. Si queremos encontrar leyes vagas, no hay ningún lugar mejor donde buscar. Algunas de las normas más

extravagantemente vagas de los sistemas legales se usan en las cartas de Derechos, y estas disposiciones pueden resultar en litigios que desafían la racionalidad y por lo tanto la legitimidad, de la toma de decisiones judicial.

## 2. VAGUEDAD EN LA LEY DE DERECHOS HUMANOS

En Europa hoy, algunos aspectos muy importantes de la vida de la comunidad se rigen por la aplicación judicial de derechos vagos. Tomemos el Derecho –como lo dispone la Convención Europea de Derechos Humanos–, del respeto a la vida privada y familiar. La legislación británica sobre inmigración permite la deportación de un no-ciudadano que ha cometido un crimen serio. Sin embargo, los jueces han interpretado la Convención para prohibir la deportación si el impacto en la vida familiar del delincuente –o en la vida familiar de sus hijos– supera el propósito público en la deportación. Lo que por supuesto, un consejo local no puede hacer, esto es que se expulse de su vivienda a un inquilino del consejo por mala conducta, si al hacerlo afecta su vida familiar de una manera que es desproporcionada con el propósito del consejo. Un juez debe decidir si el impacto es desproporcionado o no.

Examinemos el Derecho consagrado en la Convención Europea a un juicio justo: la Corte de Estrasburgo ha juzgado en un caso, que éste limita el alcance de un juicio por jurado, ya que los estos no dan razones y una audiencia justa requiere que el acusado sepa por qué se le condenó.

Tomemos la obligación, de acuerdo con la Convención Europea, de “realizar elecciones libres a intervalos razonables por voto secreto en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura”. La Corte de Estrasburgo ha decidido que no se permite una prohibición general al voto de los presos.

Tomemos el Derecho, –bajo la Convención Europea–, a no ser torturado o sometido a un trato inhumano. La Corte de Estrasburgo ha juzgado que no solo se prohíbe la tortura por parte del estado, sino que también la deportación de un terrorista extranjero a su propio país –países que incluyen India– si existe el riesgo de maltrato. Está también, el Derecho a la exención de la detención arbitraria que evita la detención indefinida de aquellos terroristas extranjeros dentro de Gran Bretaña, por ejemplo.

En julio de 2011, la Corte de Estrasburgo decidió que el alcance de la Convención se extiende para proteger los Derechos de los iraquíes supuestamente sometidos a abusos o asesinados por tropas británicas en operaciones durante la guerra de Irak.

Los británicos no vieron venir esto cuando los abogados y políticos británicos tomaron un rol de liderazgo en el desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos en la década de 1950. La Convención es la criatura del Consejo de Europa, organización internacional separada de la Unión Europea. Esta última ha desarrollado un conjunto de tratados de libre comercio en las décadas de los años 50 y 60. El Consejo de Europa es más antiguo. Este fue ins-

pirado por Winston Churchill y establecido en 1949 como un proyecto europeo compartido para adoptar una posición contraria a la tiranía. El proyecto no solo consistía en oponerse a las atrocidades de los nazis que habían sido derrotados, sino también a las nuevas amenazas del comunismo, y contra los movimientos nacionalistas y totalitarios abusivos que el continente había generado durante siglos, y en particular a través de los siglos XIX y XX, incluso aparte del Nazismo.

El gran logro del Consejo de Europa fue la Convención Europea, que garantizaba el Derecho a la vida y la prohibición de la tortura y la detención arbitraria y la libertad de expresión, y un Derecho al respeto a la vida privada y familiar, etc. Los abogados y políticos británicos que tomaron el liderazgo de redactarla deben haber pensado que Gran Bretaña no sería mayormente afectada debido a que los británicos habían estado respetando esos derechos, a su propia manera, durante siglos. Y la Convención tuvo poco impacto al comienzo. Originalmente, la Corte sólo vio denuncias presentadas contra un Estado por otro Estado. Incluso después de que la Convención fue modificada en la década del 60 para permitir a los individuos presentar demandas, tomó mucho tiempo para que la Corte desarrollara la creatividad judicial que se ha vuelto realmente interesante en este siglo. El desarrollo de la creatividad ha ido en paralelo con un desarrollo en el volumen de las demandas ante la Corte de Estrasburgo: la Corte dictó alrededor de 800 sentencias en casi 4 años desde sus comienzos en 1959 hasta las reformas de 1998; diez años antes de las reformas de 1998, dictó su sentencia número 10.000. En 2010, hubo más de 50.000 demandas ante la Corte de Estrasburgo.

Otra cosa ocurrió en 1998: el Parlamento británico aprobó una Ley de Derechos Humanos que requería que los jueces británicos interpretaran los estatutos compatibles con la Convención Europea en la medida de lo posible, y que hizo que la acción del gobierno fuera ilegal si violaba los Derechos de la Convención, a menos que un estatuto lo requiriera. Y aunque los jueces no pueden derribar los estatutos, la Ley de Derechos Humanos los autorizaba a declarar el estatuto incompatible con la Convención. Una declaración de incompatibilidad gatilla un proceso abreviado (acelerado) por medio del cual el gobierno puede modificar la legislación si el Parlamento lo aprueba. Ahora los jueces británicos también se están capacitando en su facultad en los intereses protegidos por la Convención.

Lo notable acerca de la protección judicial de los Derechos Humanos es que los derechos muy abstractos alientan a los litigantes a pedir a los jueces que asuman la tarea de equilibrar lo inequitable. Los jueces no sólo se oponen a las atrocidades que cualquiera podría reconocer como violación a los Derechos Humanos. También emiten juicios en temas sobre los que la gente de la comunidad está en total desacuerdo; los problemas que eran decididos en la política ordinaria, en el legislativo y el ejecutivo. Y los jueces lo hacen en un foro que privilegia las técnicas del defensor y que privilegia la defensa de intereses particulares, poniendo al defensor del demandante a la par del defensor público. Y esa autoridad pública misma puede representar o no los diversos intereses públicos (y los otros intereses privados) que están en juego. Y este foro deja entonces la decisión a los jueces que son imparciales –y por lo tanto no tienen una parcia-

lidad hacia los intereses públicos que están en juego en el litigio. El compromiso de los jueces es aplicar los Derechos abstractos, después de dar una audiencia justa a los argumentos de cada parte del litigio.

Centrémonos en un caso del primero de los casos controversiales que mencioné –si el respeto a la vida privada y familiar debería evitar la deportación de un infractor que no es ciudadano británico.

La Convención no provee ningún Derecho de inmigrar, pero el Derecho al respeto a la vida familiar se ha convertido en un recurso muy común de los aspirantes a inmigrar. Cuando se busca asilo o se solicita una inmigración ordinaria, los candidatos pasan suficiente tiempo en el país de modo que tienden a desarrollar lazos familiares. Y luego, la denegación de la licencia para permanecer en el país se considera perjudicial para su vida familiar. Las Cortes no han interpretado la Convención para decir que nada se puede hacer que sea perjudicial para la vida familiar, pero han decidido que el respeto a la vida familiar requiere que el Estado no haga algo que sea perjudicial para su vida familiar, si el perjuicio es desproporcionado frente al valor del objetivo público que se está persiguiendo. La Cámara de los Lores decidió en 2007 que la pregunta es:

“si la denegación de la licencia para ingresar o permanecer [en el Reino Unido]..., tomando completamente en cuenta todas las consideraciones que pesan a favor de la negativa perjudica la vida familiar del solicitante de una manera lo bastante seria como para equivaler a una violación del Derecho Fundamental protegido por el artículo 8”.

Depende de los jueces decidir si el impacto en la vida familiar del demandante es demasiado serio, a la luz de propósitos públicos legítimos. La pregunta no es simplemente si la carga sobre el demandante es necesaria para lograr un propósito legítimo; incluso si lo es, el gobierno no debe perseguir dicho propósito si el perjuicio a un interés protegido por la Convención es, en opinión de los jueces, demasiado grande como para que se justifique.

En esa decisión de 2007, la Cámara de los Lores no especificó las ‘consideraciones que pesaban a favor de la denegación’ de la licencia para permanecer en el Reino Unido. Si la pregunta es si la denegación sería proporcional, y si la demandante demuestra que la denegación causaría algún perjuicio para su vida familiar, ¿qué propósito del Estado haría que la denegación fuera legítima a pesar del perjuicio? La Convención reconoce que una interferencia en la vida familiar puede ser justificable en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país; para la prevención del desorden o del crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los otros’. Podemos imaginar maneras en las cuales los controles a la inmigración pueden posiblemente proteger o promover el bienestar económico del país, o proteger la libertad de otros. Pero el Estado británico nunca ha dicho en realidad si su propósito al prohibir el libre ingreso al Reino Unido es perseguir cualquiera de estos buenos propósitos. Las Cortes no tienen técnicas para decidir si realmente se logra cualquiera de ellos. Las normas de inmigración son producto de políticas

controversiales en las que el populismo compite con lo políticamente correcto, y tanto el populismo como lo políticamente correcto son contrarios a la deliberación razonada acerca de los bienes en juego. Los principios del gobierno británico para limitar la inmigración nunca se han expresado. No creo que limitar la inmigración carezca necesariamente de principios, pero la ley y práctica británicas no nos dirán cuáles son los principios.

El resultado es que los jueces deben decidir cuál es el propósito público de la ley de inmigración, antes de poner en la balanza ese propósito contra el impacto que una deportación tendría en la vida familiar. Los jueces realmente están a cargo de decisiones sobre inmigración en casos particulares. Por interpretación del Derecho abstracto del respeto a la vida familiar, ellos han asumido el rol de sopesar lo inmensurable (es decir, la gravedad del impacto de la deportación en la vida familiar de un delincuente o en la vida familiar de su hijo) contra algo que siempre ha sido meramente inespecífico (es decir, cualesquiera que sean los propósitos del Estado que puede haber en tener normas de inmigración).

Este nuevo rol judicial es revolucionario, no debido a que su efecto es tan vago, sino porque requiere que los jueces hagan algo para lo cual su fuero no fue diseñado: evaluar por sí mismos el valor de perseguir propósitos públicos en el modo en que la legislatura o el gobierno lo ha hecho o propone hacerlo. No existe ninguna prueba legal para el Derecho del demandante en la Convención Europea, excepto que el efecto de la deportación en la vida familiar de una persona no debe ser tan grave a la luz del interés público –cualquiera que éste sea– que hay en la deportación. Las balanzas de la justicia se convierten en un mal símbolo para el rol de los jueces en este punto, cuando los jueces asumen la tarea indeterminada (abierta), no meramente de ponderar las condiciones personales imponderables, sino también de decidir cuál es el interés público compensatorio y cuán serio es. Ellos deben tirar la balanza por la ventana y simplemente escoger.

La consecuencia ha sido una serie de decisiones controversiales y difíciles en las que la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema –sucesora de la Cámara de los Lores desde 2009– han debido decidir si los lazos familiares en el Reino Unido hacen ilegal deportar a un no-ciudadano que ha cometido crímenes o si un sospechoso de un crimen puede ser extraditado para enfrentar un juicio en otro país. La corte simplemente formula la pregunta abierta de si, a la luz del interés público que está en juego, la acción propuesta tendría un impacto demasiado serio en la vida familiar del demandante. En estos casos, la Convención Europea entrega a los jueces toda la tarea de lograr una acción estatal justa.

El resultado da una precedencia (supremacía) a la toma de decisión judicial, y por lo tanto al litigio. Una desventaja de la prueba vaga para la deportación y la extradición es un aumento substancial en los litigios, a expensas públicas, para apoyar el Derecho a una audiencia judicial sobre la cuestión de la proporcionalidad. Nadie es extraditado del Reino Unido en estos días sin primero obtener una audiencia en la Corte sobre su demanda de que la extradición mostraría una falta de respeto a su vida familiar; ellos normalmente pierden, pero obtienen una prolongada suspensión de la ejecución.

Otra desventaja es el potencial de que la toma de decisión del Estado se vea deformada por una suerte de pretexto –que los jueces pueden sopesar lo inmensurable contra lo inespecífico–. ¿Significa esto que un poder judicial para decidir la aplicación de Derechos humanos es arbitrario?

### 3. LA ARBITRARIEDAD EN LA LEY

La Convención Europea requiere que los jueces equilibren dos cosas que son inconmensurables. Esto es, no pueden ser sopesadas la una contra la otra, y en un caso en particular puede que no haya base racional para decir que el impacto en la vida familiar sería proporcionado, o no sería desproporcionado. Se puede concluir que el resultado es arbitrario, de modo que representa una desviación (abandono) del Estado de Derecho (en favor de una toma de decisión arbitraria). Pero no deberíamos olvidar que las Cortes con frecuencia deben lograr tales hazañas imposibles. Si me causas un dolor de espalda crónico grave debido a tu negligencia, la ley inglesa (y la ley de muchos países) me da el Derecho a indemnización, que normalmente se describe como el “Derecho a quedar en las mismas condiciones que si la lesión no hubiera sido infligida”. Eso, por supuesto, es imposible. Si mi espalda no tiene remedio, lo único que puede hacer la ley es exigir que me pagues dinero –lo que los abogados llaman “daños generales”–. No existe ninguna suma de dinero que me ponga en la misma posición que si no me hubieras causado el accidente. Y por supuesto que no existe ninguna suma de dinero que ponga a un niño en la misma posición que si su madre o su padre no hubieran muerto en un accidente. No existe una base racional para decir que el monto justo de indemnización es *éste* en lugar de *aqué*. Sin embargo, para tales daños, la Corte otorgará debidamente una indemnización; va a otorgar daños considerables, pero no un monto infinito; intentará hacer algo decente para equilibrar lo inequitable.

Por lo tanto, en realidad necesitamos un sistema que equilibre lo inequitable. Las balanzas de la justicia no son en realidad una buena representación del rol de los jueces, ya sea en decir el monto que se debe otorgar por daños generales, o al decidir si la deportación de un delincuente violaría su Derecho al respeto a su vida familiar. Tal vez podamos decir que el poder de los jueces de equilibrar lo inequitable no es arbitrario, cuando es necesario que lo hagan por buenos propósitos legales. Ningún sistema de indemnización por daños civiles proveería normas precisas de indemnización por lesiones personales (o por la pérdida de la vida de un pariente), a menos que aquellas normas mismas fueran arbitrarias (por ejemplo, una tasa fija de indemnización por todas las lesiones, o tasas fijas para todas las lesiones dentro de una clase de lesiones). Podría en realidad ser útil tener una tasa fija de indemnización para, por ejemplo, la pérdida de un ojo. Pero eso mismo es una medida arbitraria, y si se llevara ese enfoque lo suficientemente lejos como para eliminar el rol de los jueces en equilibrar lo inequitable, la arbitrariedad se volvería extrema. Dejar el asunto de la indemnización a discreción de los jueces es menos arbitrario que tratar de quitarles la discreción. Por lo tanto, la extraordinaria vaguedad de la ley de indemnizaciones por daños civiles no necesariamente desvirtúa el Estado de Derecho.

Por lo tanto, deberíamos concluir que el rol de los jueces en resolver la extraordinaria vaguedad en la ley de Derechos Humanos no es automáticamente un poder arbitrario, justamente porque las consideraciones que están en juego son inconmensurables.

En mi opinión, el riesgo distintivo de la protección judicial de los Derechos Humanos es realmente que las técnicas de los jueces y su rol distintivamente imparcial de decidir entre los intereses de los litigantes, los llevará a intentar equilibrar los intereses públicos con los intereses privados, cuando no deberían equilibrarse. En el caso de deportar a un delincuente de Gran Bretaña, la simple comparación entre el impacto en su vida familiar y el propósito público de la deportación, arriesga olvidar algo crítico: la responsabilidad del delincuente. Si él es responsable del crimen y si debió tener claro que no tenía Derecho de permanecer en Gran Bretaña –con su familia– si cometía el delito, entonces es posible decirle sin faltar el respeto a su vida familiar, que no puede permanecer en Gran Bretaña, sin importar el hecho de que la deportación es un desastre para su vida familiar. De hecho, es posible incluso decir lo mismo a su hijo o hija, sin faltarle el respeto a su vida familiar. Ese impacto, por serio que sea, es responsabilidad del padre.

Y sin embargo, por todo esto: es posible imaginar circunstancias en la que podría ser abusivo expulsar de Gran Bretaña a un delincuente que no tiene ciudadanía británica. Imaginemos un gobierno populista que utiliza el apoyo mayoritario para hacer que el Parlamento acepte convertir una multa por estacionamiento en una base para la deportación de un no ciudadano que ha vivido por décadas en el país. Y aquí hay un buen potencial en el levemente peligroso rol que tienen los jueces en Europa hoy: eso da a los jueces la oportunidad de oponerse al abuso genuino, que podemos imaginar que está siendo facilitado por un Parlamento que quiere actuar queramos o no contra los inmigrantes, y que podemos imaginar que es llevado a cabo por las autoridades de inmigración que están bajo presión política, fustigadas por corporaciones de medios de comunicación irresponsables, a ser negligentemente anti-inmigrantes. Allí está el potencial; la actualidad implica el litigio de masas, enormes gastos y el potencial compensatorio de que los jueces equilibren lo inequitable de una manera que da al infractor un beneficio al que no tiene derecho. Y no hay ninguna manera de establecer una Corte con jueces independientes y darles el poder de interferir con los casos no controversiales de violaciones a los Derechos Humanos, sin darles el poder de desarrollar interpretaciones nuevas, creativas y altamente controversiales de los derechos que están en juego.

Pero deberíamos reconocer el potencial del rol judicial levemente peligroso, de asegurar la justicia. He aquí una instancia de la vida diaria, en mi opinión. Un asesino en Inglaterra recibe cadena perpetua, y el Parlamento dio al Secretario del Interior –un político– el poder de decidir por cuánto tiempo estaría preso en realidad antes de poder ser considerado para libertad condicional. Los delincuentes menores de edad eran encarcelados a placer de su Majestad, y el Secretario del Interior decidía por cuánto tiempo debían estar encarcelados. Por el Derecho a un juicio por un tribunal independiente e imparcial en el Artículo 6 de la Convención, se decidió que estos delincuentes tenían derecho a ser sentenciados por un juez, en lugar de serlo por el



Secretario del Interior. Aquí, también, hay una discrepancia radical: hay algunos en Gran Bretaña que piensan que la sentencia debería clara y definitivamente reflejar la visión del público, de una manera que hace perfectamente apropiado confiar la decisión a un político. Pero eso me parece un error, debido a las presiones políticas y de los medios a las que está sometido el Secretario del Interior –presiones que han llevado al Secretario del Interior a imponer duras penas de encarcelamiento precisamente sobre la base de que el caso de un imputado en particular ha adquirido notoriedad en los medios–. Separar la toma de decisiones de una comunidad de los políticos puede mejorar la justicia del gobierno de un país.

Sin embargo, espero que capten la dosis de escepticismo en lo que he dicho, en cuanto a la aplicación judicial de Derechos Humanos. Ustedes pueden compartir este escepticismo, sin poner en duda la autenticidad de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos son universales, pero eso no significa que deberían ser protegidos por una Corte Universal. Sería erróneo para los Derechos Humanos universales y genuinos ser protegidos por medio de regímenes jurídicos que no estén estructurados ni equipados para ocuparse de todas las consideraciones relevantes. En mi opinión, los ciudadanos iraquíes tienen Derecho a vivir y eso significa que el Reino Unido –y cada uno de sus representantes desde el Primer Ministro hasta el soldado– tienen el deber de respetar su vida. Pero esto no significa que sus parientes deban tener el Derecho a quejarse ante la Corte de Estrasburgo si son muertos por tropas británicas. Las necesarias premisas agregadas para *ese* derecho serían (1) que el Reino Unido ha accedido a eso, pero también en mi opinión, (2) que la Corte de Estrasburgo es un organismo eficaz como para decidir qué acto daría como para un consejo de guerra para las operaciones militares del Reino Unido en el extranjero, capaz de emitir un juicio en cuanto a si debería existir una invasión y cómo debería realizarse.

Sería un error básico pensar que porque un Derecho es un Derecho Humano (es decir, un Derecho que todo ser humano tiene simplemente por que es humano), debería estar protegido por las Cortes. Esto debería ser obvio: en mi opinión, hay un Derecho Humano universal al bienestar, en el sentido de que cualquier persona con abundantes recursos tiene el deber de tomar medidas para prestar socorro a una persona que está desesperadamente necesitada. Los Estados con abundantes recursos tienen el deber moral de tomar medidas dentro de sus medios para hacerlo. El Estado de Bienestar en Gran Bretaña refleja un sorprendente esfuerzo efectivo del estado de satisfacer aquellas necesidades, dentro de las fronteras de la nación. Aquellos programas británicos de desarrollo en el extranjero reflejan –ciertamente irregulares, pero ocasionalmente impresionantes– esfuerzos por satisfacer necesidades críticas en el mundo. Pero pienso que sería un error poner a los jueces a cargo de hacer efectiva la Responsabilidad del Estado de ayudar a los indigentes, sea en casa o en el extranjero.

La pregunta debería ser si los beneficios potenciales (la posibilidad de interferencia judicial con juicios legislativos y ejecutivos distorsionados comparados con los intereses que están en juego) valen la pena, al costo de los juicios distorsionados que la toma de decisión judicial puede producir. El caso de la sentencia a los asesinos –en mi opinión– muestra lo que puede

hacerse en interés de la justicia—. El caso de la deportación de los homicidas muestra —en mi opinión— lo que puede salir mal. Es imposible presentar un equilibrio exacto; las ventajas del sistema europeo son, por sí mismas, inconmensurables con las desventajas del convenio.

El peligro de violación de los Derechos Humanos, podrían ustedes decir, es mucho más serio que el peligro de un exceso de litigios sobre deportación y extradición, o el riesgo general de una elaboración judicial demasiado entusiasta de Derechos abstractos. Y ustedes tendrían razón con respecto a eso. Pero el peligro de violación de los Derechos Humanos no es igual al peligro de dejarle a las autoridades públicas que no sean jueces, determinar lo que los Derechos Humanos requieren.

#### 4. DESACUERDO

Una característica realmente interesante de las actuales discrepancias sobre la adjudicación de los Derechos Humanos en Gran Bretaña es que las personas razonables tienen profundos desacuerdos sobre cómo aplicar los derechos. Los jueces de la Corte de Estrasburgo fueron unánimes en su firme conclusión de que privar a los prisioneros del Derecho a voto es una violación de un Derecho Humano (y señalaron que los jueces de otros países —incluyendo Canadá y Sudáfrica— han asumido la misma opinión). Los miembros de la Cámara de los Comunes en el Parlamento Británico fueron casi unánimes en la opinión de que no había tal cosa.

¿Podemos decir que este fenómeno explica cómo la vaguedad puede amenazar el Estado de Derecho? Es tentador pensar que la toma de decisión judicial se hace arbitraria cuando las personas razonables están en profundo desacuerdo en temas que están en juego. Pero yo creo que esto sería un error, también (igual que pensar que la toma de decisiones judicial es arbitraria cuando las consideraciones de cada parte son inconmensurables). Las personas razonables están en profundo desacuerdo en todo orden de cosas y el mero hecho de que discrepen no significa que no haya razón para una decisión en uno u otro sentido. Pero tal vez el potencial de un desacuerdo profundo sí significa que las Cortes deberían comprender a la comunidad a la cual le están imponiendo su propia respuesta ante preguntas controvertidas.

Desde a perspectiva Británica, la Corte de Estrasburgo es una corte realmente extraordinaria. Existe un juez por cada país. Un juez de Alemania, uno de Francia, uno de España y uno del Reino Unido; un juez para Liechtenstein, San Marino, Andorra y Mónaco. El juez de cada país es elegido por la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, de entre una lista de tres personas nominadas por el país. Existe una falta de transparencia en cuanto a los diversos procesos por medio de los cuales se nombra a los jueces en sus países de origen, y el proceso para escoger entre los nominados está en revisión. El sistema no da ninguna razón para la confianza general en el *expertise* de las personas designadas, y esto necesita una reforma.

Si el sistema de nombramiento se mejora, el problema básico permanecerá: los jueces que están intentando balancear lo inmensurable contra lo inespecífico –los intereses del litigante contra el propósito del público– lo harán sin incluso compartir cualquiera que sea el consenso que pueda haber en Gran Bretaña en cuanto a la legitimidad de los intereses públicos que están en juego. Una Corte de Derechos Humanos elimina el proceso de toma de decisiones del Estado de las influencias políticas dentro del mismo; una Corte Internacional de Derechos Humanos retira el proceso de toma de decisiones del Estado tomadas por el mismo.

En mi opinión, la única justificación para tal estructura –en una Corte con jurisdicción obligatoria sobre demandas presentadas por individuos– es que la participación del Reino Unido en el Consejo de Europa es una forma de cooperar en el proyecto de establecer protecciones contra abusos en toda Europa. Y el proyecto ahora se extiende más allá de Europa, a Turquía y a toda Rusia. Es bueno para Gran Bretaña y para el mundo entero, si los británicos pueden participar en el proyecto. Los británicos tendrán que decidir si vale la pena y si quieren entrar o quedarse afuera. Tal vez es en parte porque no hay medias tintas, que no es probable que se retiren, incluso en la actual crisis.

El caso del Derecho a voto para los presos ha galvanizado la opinión política principal y ha creado la primera discusión política seria acerca de la Convención Europea. La Corte de Estrasburgo decidió el caso del Derecho a voto de los prisioneros en 2005, sin embargo el gobierno británico no hizo ningún cambio a tiempo para las elecciones generales de 2010. El nuevo gobierno planificó la legislación que podría satisfacer los requisitos de la Corte, pero un debate sin cartera en febrero de 2011 apoyó la prohibición existente por 234 votos contra 22. Por primera vez, existe una discusión política seria acerca de hacer algo.

El dilema es que no hay mucho por hacer. Existen conversaciones acerca de retirarse del Consejo de Europa completamente, pero hacerlo sería un acto violento y destructivo en la política europea e internacional, y no creo realmente que los principales partidos políticos británicos –al menos, en condiciones parecidas a las actuales– vayan más allá de hablar de ello.

Lo interesante acerca de las cartas de derechos justiciables es el rango de decisiones radicalmente controversiales que sacan de la política ordinaria y asignan a los jueces. No puede haber nunca ningún consenso en cuanto a los beneficios de hacerlo y los beneficios no pueden asegurarse sin incurrir en inconvenientes de judicialización (aunque es incluso controversial si son, como argumenté, desventajas). Las personas inteligentes y razonables van a estar en profundo desacuerdo acerca de la diferencia entre defender los Derechos Humanos y ampliarlos irresponsablemente. Todos deberían estar de acuerdo en que la crisis de la ley de Derechos Humanos es una crisis peligrosa.

## 5. CONCLUSIÓN

Se podría pensar que la toma de decisiones judicial es arbitraria, cuando no hay base racional para una decisión en un sentido en lugar de en el otro, (y de hecho esto ha llevado a algunos a argumentar que siempre debe existir una base racional de este tipo para la decisión). Pero mi argumento ha sido que dicha toma de decisiones *puede* ser bastante compatible con el Estado de Derecho. En casos decisivos que podrían decidirse en cualquier sentido, sin ninguna base racional para la decisión a favor de una parte o a favor de la otra parte, los jueces pueden estar desempeñando una función esencial en una sociedad con el Estado de Derecho. Y eso ocurre con frecuencia en la aplicación de leyes vagas.

Existen dos razones para aceptar esta conclusión:

1. Las leyes vagas son esenciales para el ordenamiento legal. El Estado de Derecho estaría en guerra consigo mismo si requiriera tanto la regulación sistemática de la vida de una comunidad, como también precisión.
2. La toma de decisiones judicial se hace contraria al Estado de Derecho si es arbitraria, pero no existe una razón general para pensar que los jueces deben tener una base racional para una decisión en un sentido en lugar del otro, mientras que los redactores de las constituciones, legislaturas y autoridades ejecutivas pueden actuar legítimamente sin una base racional. No es arbitrario para una legislatura adoptar una tasa de impuesto sobre la renta en particular cuando podrían racionalmente haber escogido una tasa algo más alta o más baja en su lugar. Tampoco es necesariamente arbitrario que un juez resuelva una disputa sobre la aplicación de una ley vaga.

Por lo tanto, ¿qué es lo que hace arbitraria a la toma de decisiones judiciales (o a cualquier otra toma de decisión oficial)? Cuando el propósito del gobierno, de acuerdo con la ley, demanda una razón fundamental para una decisión (que no sea el hecho de que el que toma la decisión en cuestión llegó a esa decisión), y no existe tal base lógica, entonces la toma de decisión es arbitraria. Y cuando quien toma las decisiones no está bien equipado para actuar sobre consideraciones pertinentes, entonces es probable que se requiera una base lógica para la decisión, pero que ésta falta.

Los estatutos legales de Derechos Humanos no necesariamente desvirtúan el Estado de Derecho sólo porque ser extravagantemente vagas. Tal vez podemos decir que se resta valor al Estado de Derecho cuando las consideraciones de cada lado no pueden equilibrarse una con la otra de un modo que sea evidentemente justo, y esas consideraciones no son consideraciones propias para que los jueces decidan.