

tanto por coartar la libertad de expresión del sufragio como por afectar la autenticidad del escrutinio electoral. “

Solicito que el congreso adopte el contenido del voto razonado del suscripto a dicha resolución, que se apoyó en el rechazo creciente de la opinión pública de nuestros países a las prácticas electorales fraudulentas, proponiendo que se las declare ilícitos internacionales en el sistema interamericano, asimilándolas a los golpes de Estado. Ambos ilícitos atentan contra la Democracia generando gobiernos igualmente ilegítimos en su origen, por lo que no pueden ser equiparados a los gobiernos auténticamente electos. Gobiernos ilegítimamente formados son incompatibles con los principios y valores del Sistema Interamericano.

2° Sería deseable perfeccionar la eficacia de las misiones enviadas por la OEA para observar las elecciones, permitiendo que no solo los gobiernos estén habilitados para pedir su envío sino también otras entidades no gubernamentales tales como los partidos políticos.

3° Se observa que los procesos electorales suelen ser mucho más transparentes cuando están bajo la responsabilidad de la Justicia Electoral, que gestiona todo lo referente a su desarrollo, padrones, vigilancia, escrutinio, publicidad, etc., y no cuando están a cargo del poder político. En ese sentido es paradigmático el caso de Brasil.

4° La persistencia de fraudes electorales debe ser analizada en profundidad por los órganos de la OEA. Habría que realizar estudios sobre los distintos procedimientos fraudulentos, que se actualizan, inclusive en países donde se utiliza el voto electrónico.

5° El Congreso del IHLADI encomienda a su presidente poner en conocimiento del Secretario General de la OEA las resoluciones que emita en esta materia.

UN MODELO MATEMÁTICO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE UN ANÁLISIS JURÍDICO EMPÍRICO*

María del Luján FLORES (Uruguay)**

Miembro del IHLADI

Carlos SAPRIZA (Uruguay)

Asociado del IHLADI

RESUMEN: El presente trabajo analiza la dinámica del Tribunal Europeo de Protección de los Derechos Humanos a partir de un análisis jurídico empírico. Se examina la transmisión de información que realiza el tribunal a partir del modelo desarrollado por Shannon y Wiener. Posteriormente se examina el margen de discrecionalidad de los jueces y se establece un modelo matemático del mecanismo. Finalmente se vinculan ambos conceptos, lo que permite establecer una relación entre validez y vigencia.

PALABRAS CLAVE: Tribunales. Margen de discrecionalidad. Transmisión de información. Validez. Vigencia. Análisis empírico. Modelo matemático.

ABSTRACT: This paper analyzes the dynamics of the European Court of Human Rights from a legal empirical perspective. Communication is measured by using the Shannon – Wiener formula. Then the discretionary margin of the judges is examined and a mathematical model is created. Finally both concepts are related, which enables us to establish a link between validity and efficacy.

Fecha de recepción del original: 22 de abril de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de abril de 2013.

* Las opiniones vertidas en el presente trabajo no representan posiciones oficiales.

** Embajadora. Representante Permanente del Uruguay ante la OEA.

KEY WORDS: Courts. Discretion. Transmission of information. Validity. Empirical analysis. Mathematical model.

SUMARIO: I. La importancia del tema. II. Marco teórico. III. Los tribunales. IV. La transmisión de información. V. Las sentencias. VI. Determinado la existencia de transmisión de información. VII. La transmisión de información en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. VIII. Los datos en contexto. XIX. La relación entre los casos con variaciones importantes y el total de casos. X. El margen de discrecionalidad. XI. Midiendo la evolución del margen de discrecionalidad. XII. Conclusiones.

Este trabajo busca desarrollar un análisis jurídico empírico de ciertos aspectos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a partir de ellos, construir un modelo matemático que refleje los resultados observados.

Nuestro punto de partida, supone que la interacción entre las normas presenta no solo relaciones lógicas sino ontológicas. El uso de la lógica permitiría solamente un positivismo de corte formalista, como el de Hans Kelsen, o un uso de la lógica simbólica como en el caso de Ulrich Klug. Pero si se acepta que el análisis de la interacción entre normas pueda ser examinado a partir de diversos tipos de determinación tales como la estructural, la causal y especialmente la estadística³⁸, se multiplican las herramientas disponibles y se supera el problema de los modelos formalistas, es decir la divergencia entre las soluciones del modelo y la realidad conforme pasa el tiempo.

Esto no quiere decir caer en una perspectiva sociológica. Este artículo asume la existencia del concepto de validez, lo que lo diferencia del trabajo de autores como Alf Ross. La línea seguida se acerca a la desarrollada por Mauro Cappelletti³⁹. Este trabajo forma parte de una serie de análisis tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Internacional de Justicia publicados a lo largo de los últimos diez años⁴⁰.

38. Un enfoque más detallado puede obtenerse en C. Sapriza, *Análisis Vectorial de los Espacios Jurídicos*, Editorial Grafisa, Guatemala, 2006.

39. M. Cappelletti, *Juizes Lergisladores*, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993,

40. M.L. Flores y C. Sapriza, "Análisis comparado de la jurisprudencia de la Corte

En el momento actual, este enfoque ha comenzado a generalizarse, como lo muestran los artículos recientemente publicados en el *American Journal of International Law*⁴¹.

I. LA IMPORTANCIA DEL TEMA

Identificar las principales variables y la forma en que estas interactúan determinando la dinámica de los tribunales internacionales, constituye una forma de analizar los temas de fragmentación y unidad así como un medio para poder predecir la evolución de las normas, con lo que se puede lograr un mejor ajuste de los sistemas jurídicos al resto de los sub sistemas sociales.

Desde una perspectiva un tanto más abstracta, debe tenerse presente también la necesidad de desarrollar un enfoque científico en el terreno del derecho. A mediados del SXX, Wassily Leontief planteaba la diferencia en la velocidad de la evolución de la economía como ciencia respecto de la física. Planteaba por ejemplo que mientras un físico del SXIX habría encontrado difícil seguir el debate teórico a mediados del SXX, un economista no habría tenido mayores problemas⁴². La economía cambió sustancialmente desde esa época. El derecho sin embargo ha evolucionado mucho más lentamente. Solo es en fecha reciente que se discute un enfoque empírico.

Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia: midiendo distancias" en *Libro in Memoriam Doctor José Roberto Franco Da Fonseca*. 2008; "Complejidad y contradicción en los sistemas jurídicos: la Carta Social de las Américas y el Sistema jurídico interamericano en Estudios de Derecho Internacional". *Libro homenaje al Profesor Santiago Benadava*. Santiago de Chile 2008; "El Habeas Corpus y los límites de la interpretación evolutiva en el sistema interamericano", *Libro en honor de Reynaldo Peters Arzabe*, 2012, Bolivia; "Aporte de la dinámica de las garantías constitucionales en el sistema interamericano al derecho internacional." en *Libro homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*, a publicarse,

41. G. Schafer y T. Ginsburg, "The empirical Turn in International Legal scholarship" *American Journal of International Law*, enero de 2012, volumen 106, número 1, páginas 1 a 47.

42. Leontief Wassily, *Análisis Económico Input Output*, Editorial Planeta Agostini, Barcelona, 1993, página 63.

II. MARCO TEÓRICO

Si bien este trabajo como ya se ha señalado se inscribe dentro del análisis jurídico, recurre a un marco teórico que recibe el aporte de otras disciplinas. Desde el punto de vista jurídico se analiza el papel de los tribunales a partir de los trabajos de Mauro Cappelletti y Shany Yuval. Asimismo existen desarrollos en torno al margen de discrecionalidad de los tribunales, donde también resulta relevante la posición de Cappelletti. A ellos se les suman los desarrollos Claude E Shannon con respecto a la transmisión de información.

III. LOS TRIBUNALES

Una de las formas de explicar el creciente peso de los enfoques empíricos en la disciplina, se deriva de su propia evolución, en particular de la multiplicación de tribunales y del grado de incremento de su actividad. El interés por este fenómeno se encuentra reflejado en el discurso del entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia a la Asamblea General en 1999⁴³. Esta dinámica también ha llevado a la Comisión de Derecho Internacional a preocuparse por temas tales como la fragmentación⁴⁴.

Como señala Shany, los tribunales internacionales cumplen diversas funciones a la vez. La naturaleza de los tribunales determina que primen unas sobre otras. Por una parte, se encargan de la solución de disputas. Por otra de la creación y armonización de normas y finalmente de la promoción de regímenes específicos. A su vez la estructura de un tribunal privilegia el cumplimiento de cada una de estas funciones. Así, la Corte Internacional de Justicia privilegia la solución de disputas, en tanto que Los Paneles y el Or-

43. El discurso del Juez Hisashi Owada, se encuentra disponible en <http://www.icj-cij.org/presscom/files/7/15587.pdf>

44. Ver por ejemplo el documento A/CN.4/L.682 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas "Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi". Accesible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

gano de Solución de Diferencias de la OMC poseen un balance entre ambas y la Corte Penal Internacional tiene como objetivo el cumplimiento con las normas del Tratado. También afirma que esta enumeración de funciones no es taxativa⁴⁵.

IV. LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN

Wilson define la comunicación como el proceso "por medio del cual el comportamiento de un individuo altera la probabilidad de los actos de comportamiento de otros individuos". Añade que esta definición presenta la ventaja de ser fácilmente trasladada a formalizaciones matemáticas⁴⁶.

Tabla 1

El proceso de comunicación		
	A	B
Actos individuales	X_1	X_2
Probabilidad de ocurrencia de esos actos	$p(X_1)$	$p(X_2)$
Fuente: Wilson, Edward O. "Sociobiology: the new Synthesis" Harvard university Press, Estados Unidos, 2000, páginas 194		

Wilson indica que la comunicación se produce cuando $p(X_1|X_2) \neq p(X_1)$. Es decir que la probabilidad de que B realice el acto

X_2 varía en función de que A realice o no el acto X_1 .

45. Y. Shany, "One Law to rule them all: Should International Courts be Viewed as Guardians of Procedural Order and Legal Uniformity?" en *The Practise of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Editado por O. Kristian y A. Nollkaemper, Hart Publishing, Oxford, 2012, páginas 15 a 34.

46. E.O. Wilson, *Sociobiology: the new Synthesis*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000, páginas 194 y 195.

Si se usa el bit para medir la información transmitida, cada bit puede comunicar dos estados de un sistema que presenten la misma posibilidad de ocurrencia. Por ejemplo, una lámpara. Dicho sistema, que puede tener la lámpara esta prendida o apagada, maneja un bit de información. Si se usan dos lámparas, se pueden transmitir cuatro mensajes que presenten la misma probabilidad, usando dos bits de información, en tanto que si se usan tres lámparas se pueden transmitir ocho mensajes. Un bit puede representar dos valores, dos bits cuatro y tres bits ocho.

Tabla 2

Cantidad de mensajes que pueden armarse según el número de luces								
No. De luces	Mensajes distintos que pueden armarse							
○	●	○						
○○	●●	●○	○●	○○				
○○○	●●●	●●○	○●●	●○●	●○○	○●○	○○●	○○○

De esa forma, podemos calcular tanto el máximo número de mensajes posibles a partir del número mínimo de bits de información, como la cantidad máxima de bits de información a partir del número de mensajes con contenido mínimo posible. Las siguientes fórmulas lo ilustran:

$$N = 2^H$$

$$H = \log_2 N$$

N representa el número de mensajes posibles y H el número de bits. Sin embargo, hasta ahora el modelo asume que los mensajes son igualmente probables. Es decir que existe la misma probabilidad que la luz se encuentre prendida que apagada. Sin embargo, si una señal es más frecuente que las otras, la cantidad de información transmitida es menor que recurriendo a la fórmula $H = \log_2 N$. Si en un sistema con una lámpara que se encuentra prendida nueve de cada diez veces, existe como señala Wilson menos incertidumbre respecto al mensaje

que enviará que si la luz se prende cinco de cada diez. En definitiva, existe menor cantidad de información por mensaje. La cantidad de información potencial por mensaje en este caso, se puede calcular usando la fórmula de Shannon-Wiener.

$$H(X) = - \sum p(i) \log_2 p(i)$$

H es el número de bits de información, p(i) es la probabilidad de cada señal X_i . Se puede consultar el artículo de Shannon, donde lo desarrolla con mucha más profundidad ⁴⁷.

V. LAS SENTENCIAS

Usualmente los fallos judiciales transmiten mucha información y como lo ha señalado Shany, dirigida a una multiplicidad de actores. Sin embargo, lo que probablemente sea el bit de información más significativo de la sentencia, es el que establece si existió o no la violación de una norma de derecho. La presencia o no de este bit de información es uno de los parámetros que permiten distinguir entre una opinión consultiva y una sentencia, incluso aunque supusiéramos un sistema jurídico en el que las opiniones consultivas son vinculantes. Se trata de información dirigida en primera instancia a las partes del litigio, aunque también al resto de los sujetos de derecho que participan del sistema. Si las sentencias de los tribunales sistemáticamente encuentran que el acusado no ha violado las normas del sistema, el incentivo por ajustar la conducta a esas normas seguramente decaerá con el tiempo. A la inversa, si un tribunal condena al acusado sistemáticamente probablemente los sujetos de derecho busquen ajustar su conducta a la norma.

Indudablemente existen varios factores que explican el punto en el que se ubica un tribunal. Algunos probablemente se encuentren vinculados con el tribunal, en tanto que otros probablemente se encuentren vinculados con el sistema jurídico o el medio social donde actúa el tribunal. Con respecto a este último caso, es probable que el tribunal

47. C.E. Shannon, "A Mathematical Theory of Communication", *Bell System Technical Journal*, vol. 27-3 (July/October 1948), pp. 379-423. Consultado en línea en <http://cm.bell-labs.com/cm/ms/what/shannonday/shannon1948.pdf>

se encuentre menos presionado para buscar que los sujetos de derecho ajusten su conducta a la norma si existe un alto nivel de cumplimiento de sus sentencias. Desde el punto de vista teórico, este bit de información proporciona un vínculo matemático claro entre la validez y la eficacia de la norma.

A continuación analizaremos la relación que existe entre las sentencias y la conducta de los Estados. Al considerar a la sentencia como un canal de comunicación, suponemos que tiene incidencia en la conducta de los Estados. Es decir que debe existir una relación entre la condena y la conducta de los Estados.

VI. DETERMINADO LA EXISTENCIA DE TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN

Para poder determinar si existe transmisión de información, según el modelo desarrollado por Wilson, es necesario que exista la probabilidad de que la conducta de los Estados resulte influida por las sentencias. Para poder determinar si este ha sido el caso, hemos recurrido a dos variables. Una es la conducta de los Estados, en tanto que la otra son las acciones del tribunal.

Como indicador de las acciones del tribunal se ha recurrido a la cantidad de condenas. Es decir se ha reducido la sentencia a la existencia o no de una condena. En lo que respecta a la conducta de los Estados, surge el problema que no necesariamente estos se encuentran en condiciones de realizar cambios rápidamente ya que puede tratarse de problemas vinculados con la estructura social que requieran años de evolución. Una forma de reacción que si se encuentra disponible para los Estados, es la transacción. De esta forma, si existe un interés claro en no ser condenado, un Estado puede ofrecerle al demandante una transacción. Hemos seleccionado este último indicador de la variable conducta de los Estados.

Tabla 3

Relaciones entre el número de violaciones y la cantidad de acuerdos amigables		
Pais	violaciones 2012*	Acuerdos amigables 2012**
Albania	5	1
Andorra	1	0
Armenia	16	0
Austria	10	1
Azerbaiyán	17	1
Bélgica	6	0
Bosnia Herzegovina	6	43
Bulgaria	58	85
Croacia	18	18
Chipre	0	0
Republica Checa	10	4
Dinamarca	0	6
Estonia	2	0
Finlandia	2	8
Francia	19	2
Georgia	8	4
Alemania	11	2
Grecia	52	3
Hungría	24	53
Islandia	2	0
Irlanda	2	1
Italia	36	117
Letonia	10	1
Liechtenstein	0	0
Lituania	7	0
Luxemburgo	1	0
Malta	1	0
Mónaco	0	1
Montenegro	5	1
Países Bajos	5	1
Noruega	2	0

Polonia	56	111
Portugal	22	10
Moldavia	24	13
Rumania	70	35
Rusia	122	3
San Marino	1	1
Serbia	10	415
Eslovaquia	21	9
Eslovenia	20	1
España	8	0
Suecia	4	1
Suiza	3	0
ex República Yugoslava de Macedonia*	6	67
Turquía	117	99
Ucrania	69	178
Reino Unido	10	7
*Fuente: Informe anual 2012 de la Corte		
**Fuente: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2012_ENG.pdf		

Para determinar la existencia de una relación entre ambas, recurrimos a clasificar a los Estados en cuatro grupos:

El primero contiene a aquellos Estados con cantidades de condenas por violaciones de los derechos humanos por encima de la media, con transacciones también por encima de la media.

El segundo contempla Estados con cantidad de condenas por violaciones de los derechos humanos por debajo de la media, con transacciones por encima de la media.

El tercero incorpora Estados con cantidades de condenas por violaciones de los derechos humanos por encima de la media, con transacciones por debajo de la media.

El cuarto, incluye Estados con cantidad de condenas por violaciones de los derechos humanos por debajo de la media, con transacciones por debajo de la media.

La hipótesis nula, es que los casos se ubican al azar en cada uno de los grupos, es decir que no se aprecia ninguna relación entre las casillas. La hipótesis alternativa es que este no es el caso.

El cuadro siguiente describe la forma en que los casos quedaron distribuidos:

Tabla 4

Relación entre violaciones y acuerdos amigables en los países del Tribunal de Derechos Humanos en 2012			
	Estados con cantidades de violaciones por encima de la media	Estados con cantidades de violaciones por debajo de la media	Totales
Transacciones por encima de la media	7	2	9
Transacciones por debajo de la media	7	31	38
Totales	14	33	47

Seguidamente pusimos a prueba la hipótesis a través de la Prueba exacta de Fisher. Esta prueba determina cuales son las probabilidades de obtener una tabla como esta al azar. El resultado es un valor p de 0.001. Es decir que las posibilidades de haber obtenido esta tabla al azar son de una en mil. Debemos por tanto descartar la hipótesis nula.

Si se descarta la hipótesis nula, se debe concluir que las sentencias inciden en la conducta de los Estados. Esto es consistente con la percepción del fallo como una fuente de transmisión de información.

VII. LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A continuación procedemos a evaluar el flujo de información transmitida entre 2001 y 2012. Como se puede apreciar en la tabla siguiente, el sistema transmite menos de un bit de información. Ello se produce ya que la frecuencia de los mensajes no es la misma. En la mayor parte de los casos, las sentencias condenan a los Estados.

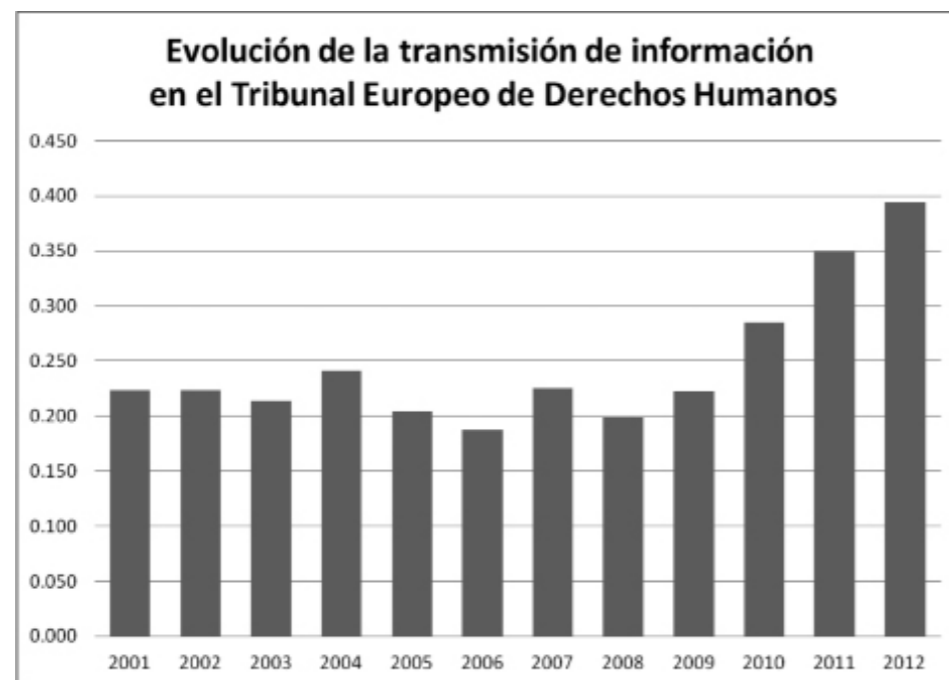
Resulta interesante observar como se produce un incremento sostenido desde 2008 hasta 2012.

Tabla 5

Tribunal Europeo de Derechos Humanos							
	violaciones	no violaciones	Total	% no violaciones	$p(i)$	$\log_2 p(i)$	$p(i)\log_2 p(i)$
2012	899	144	1043	13.81	0.138	-2.857	0.394
2011	987	122	1109	11.00	0.110	-3.184	0.350
2010	1282	107	1389	7.70	0.077	-3.698	0.285
2009	1504	83	1587	5.23	0.052	-4.257	0.223
2008	1423	66	1489	4.43	0.044	-4.496	0.199
2007	1349	76	1425	5.33	0.053	-4.229	0.226
2006	1445	61	1506	4.05	0.041	-4.626	0.187
2005	994	48	1042	4.61	0.046	-4.440	0.205
2004	588	37	625	5.92	0.059	-4.078	0.241
2003	521	27	548	4.93	0.049	-4.343	0.214
2002	630	35	665	5.26	0.053	-4.248	0.224
2001	683	38	721	5.27	0.053	-4.246	0.224

Fuente: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Figura 1



VIII. LOS DATOS EN CONTEXTO

Resulta importante analizar los cambios tanto los realizados como aquellos que se encuentran en curso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los efectos de determinar si existe alguna concordancia entre los datos cuantitativos y los cambios visibles.

Existen dos desarrollos potencialmente relevantes. El primero, es la entrada en vigencia del Protocolo 14, el 10 de junio de 2010. Este acuerdo establece una serie de cambios en la forma de procesar las demandas. De esta forma, la inadmisibilidad puede ser determinada por un solo juez, o los casos repetitivos pueden ser examinados por tres jueces en lugar de siete¹. Estos cambios destinados a acelerar el funcionamiento de la Corte, pudieron haber influido en los cambios experimentados por la jurisprudencia.

El segundo aspecto relevante, es el de los proyectos de reforma en curso. A estos efectos tuvo lugar una reunión el 19 y 20 de abril de 2012 en Brighton, Reino Unido, donde uno de los puntos relevantes de la reforma del sistema fue el reconocimiento mediante su incorporación en un protocolo adicional, de un margen de discrecionalidad de los Estados en relación a la interpretación de la Convención². La medida fue criticada por varias organizaciones no gubernamentales que ven en este margen de apreciación o discrecionalidad una forma de debilitar la protección que ofrece la Convención Europea de Derechos Humanos.

Resulta necesario sin embargo indicar que ha sido la propia Corte la que sistemáticamente ha reconocido este margen de apreciación en su jurisprudencia desde hace décadas. Se trata sin lugar a dudas de un caso claro de evolución jurisprudencial como lo indica el propio sitio web de la Corte³.

1. Se puede ver un comentario de estos cambios en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Summaries/Html/194.htm>

2. Ver <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>

3. La evolución a través de la acción jurisprudencial de la Convención Europea de Derechos Humanos, es presentada para una audiencia no especializada "Si, la Convención evoluciona especialmente a través de la interpretación que hace de su texto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A través de su jurisprudencia la corte ha hecho de la Convención un instrumento vivo y por lo tanto ha extendido los derechos

Así por ejemplo el tema se plantea en el caso “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”, sentencia de 23 July 1968, Series A no. 6) y continúa su desarrollo a lo largo de la década de los ochenta, por ejemplo en el caso “*Abdulaziz, Cabales and Balkandali*” sentencia del 28 de mayo de 1985, Series A no. 94, pp. 33-34, para. 67 o en el caso “*Rees v. The United Kingdom*” de fecha 17 de octubre de 1986, Series A no. 106, p. 15, § 37. En la década de los noventa las sentencias de la Corte muestran el mayor grado de precisión obtenido sobre el tema a modo de ejemplo se encuentra el caso “*Maskhadova and others v. Russia*” (Application no. 18071/05) de 23 de febrero de 1995

223. The Court has previously found that, for a measure to be regarded as proportionate and as necessary in a democratic society, the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right at issue whilst fulfilling the same aim must be ruled out (see *Nada*, cited above, § 183).

224. The final evaluation of whether the interference is necessary remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention. A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this connection. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference (see *S. and Marper*, cited above, § 102). The Court has on many occasions stressed that it was aware that States faced particular challenges posed by terrorism and terrorist violence (see, *mutatis mutandis*, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29

en ella consagrados y los ha aplicado a situaciones que no fueron pensadas cuando la Convención fue adoptada por primera vez. La Convención también ha evolucionado y nuevos Protocolos han añadido nuevos derechos: por ejemplo el Protocolo 13 relativo a abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, o en abril de 2005 con el Protocolo relativo a la no discriminación.” Accesible en http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1368444989780_pointer

November 1988, § 61, Series A no. 145 B; *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, §§ 104, 192-196, ECHR 2005 IV; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, §§ 115-116, ECHR 2006 IX; and *Finogenov and Others v. Russia*, cited above, § 212). The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights (see *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007 I).

Finalmente el caso “*Prizzia v. Hungary*” (Application no. 20255/12) de fecha 11 de junio de 2013 muestra como el margen de discrecionalidad de los Estados se mantiene hasta el momento actual.

Frente a esto cabe preguntarse el motivo por el cual, un desarrollo jurisprudencial con presencia a lo largo de décadas ha sido seleccionado para ser consagrado en un tratado. La respuesta a esta pregunta se vincula con el propio desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal. Por ejemplo. Es cierto que el ya citado caso “*Prizzia v. Hungary*” reconoce la existencia de un margen de discrecionalidad, pero lo hace para determinar que la conducta del Estado quedó fuera de dicho margen. En síntesis, la jurisprudencia, aunque posee la capacidad de modificar la Convención, es por su naturaleza dinámica. Ello implica aceptar potenciales cambios, favorables o no a las distintas partes del proceso.

Un componente clave en este cambio, es el margen de discrecionalidad de los jueces. Este margen determina la capacidad de los jueces para variar el contenido de las normas. A continuación analizamos la evolución del margen de discrecionalidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre 2000 y 2009 a través del examen de su jurisprudencia. Esta clasifica los casos según su nivel de importancia para el desarrollo y modificación de la jurisprudencia en tres grupos⁴.

4. Fuente: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1C50266-B94F-4FDB-B86A-1BB3764CBB66/0/Analysis_of_statistics_2006.pdf

La explicación del documento de la Corte que analiza las estadísticas correspondientes a 2006 lo considera vinculado a las políticas de trabajo de la Corte⁵. Siguiendo los desarrollos esbozados en trabajos anteriores⁶, podemos considerar que el incremento en el número de casos ha reducido el margen de discrecionalidad individual, aunque puedan haber aumentado las posibilidades de que se produjeran cambios en la jurisprudencia.

XIX. LA RELACIÓN ENTRE LOS CASOS CON VARIACIONES IMPORTANTES Y EL TOTAL DE CASOS

Hemos decidido agrupar en dos conjuntos aquellos fallos en los que existieron desarrollos significativos de aquellos en los que estos desarrollos no estuvieron presentes. Hemos consolidado dos de los grupos elaborados por la Corte, a los efectos de reducir el margen de incertidumbre:

Los tres grupos son los siguientes: 1. Gran importancia, juicios que la Corte considera que realizan una significativa al desarrollo, aclaran o modifican su jurisprudencia, sea en forma general o en relación a un estado individual. 2. Mediana importancia, sentencias que no realizan una contribución significativa a la jurisprudencia de la Corte pero que de todas formas no se limitan a replicar la jurisprudencia existente de la Corte. 3. Casos de baja importancia, sentencias de poco interés legal- aquellas que siguen la jurisprudencia existente de la corte, acuerdos amigables que ponen fin a los juicios (a no ser que tengan un punto de particular interés).

5. El número de sentencias de gran importancia que ha cambiado poco durante los últimos seis años, se incremento considerablemente en 2006 (149 sentencias de esta clase en 2006, comparado con menos de 100 en los años previos). El número de sentencias de baja importancia también se ha incrementado significativamente. Estos incrementos muestran el impacto de la política de la Corte de asignar mayores recursos a los casos tratados en Comités.

6. C. Sapriza, *Análisis Vectorial de los Espacios jurídicos*, Editorial Gafisa, Guatemala, página 34.

Tabla 6

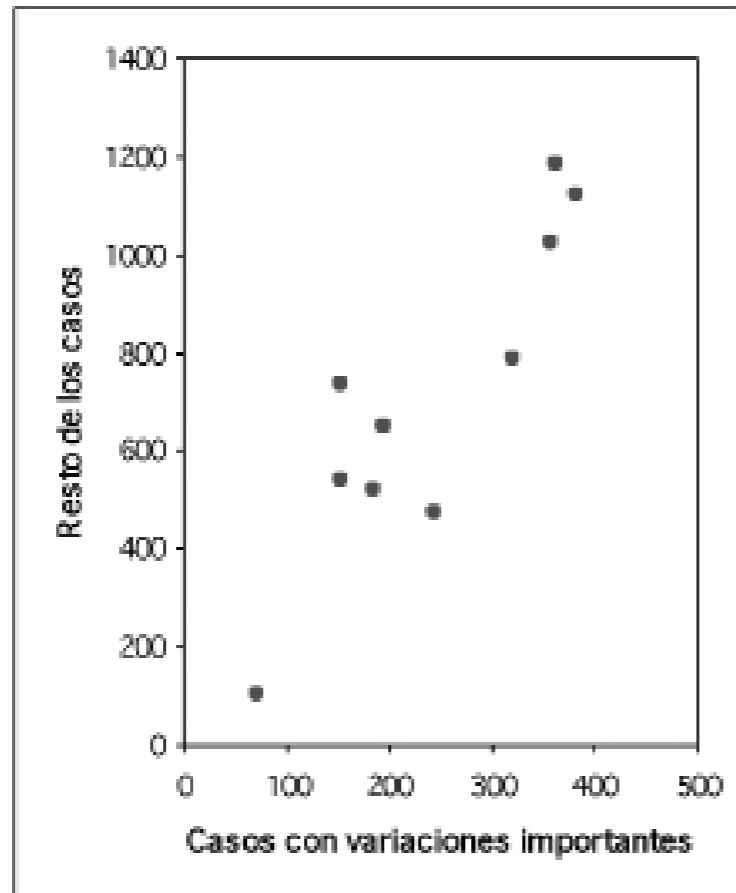
Relación entre los casos con variaciones importantes y el resto de los casos	
Casos con variaciones importantes	Resto de los casos
72	105
152	543
152	736
194	650
185	518
244	474
319	786
356	1024
381	1122
361	1182
445	1180

Fuente: La primera columna elaborada en base a datos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La segunda datos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Seguidamente determinamos si existe alguna correlación entre el número de casos con variaciones importantes y el total de casos. Para determinar la correlación entre ambas variables, recurrimos a Rho de Spearman. El resultado muestra una importante correlación:

Spearman's rho:	0,796
degrees of freedom:	8
P-value from equation:	0,005837
P-value from table:	0,005>P>0,001

Figura 2



El resultado indica que existe una correlación entre el incremento del número de casos y el incremento de los casos creativos en el sistema.

X. EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD

Partimos de la visión del margen de discrecionalidad como una zona de probabilidad de que la sentencia sea considerada como ajustada a las normas vigentes⁷. A los efectos de obtener una mejor comprensión,

7. *Op cit.*

se la puede visualizar como una serie de círculos concéntricos cada uno de los cuales marca una zona de igual probabilidad de que el fallo sea considerado como ajustado a las normas vigentes. Cuanto más alejado, menos probable. Si alguien se ubicara en el centro del círculo, las posibilidades de cambio serían nulas.

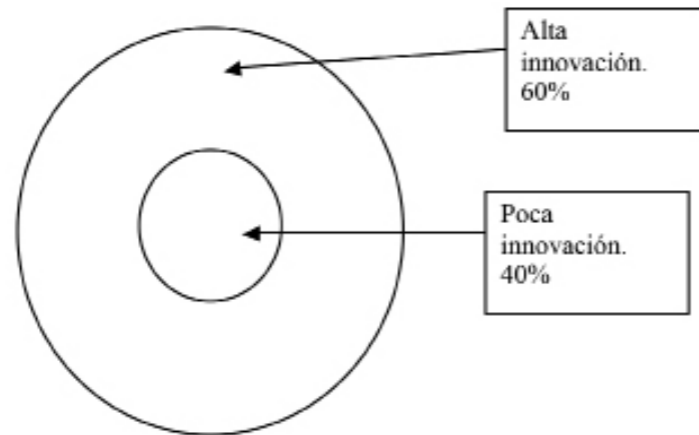
Figura 3



Simplificando un poco más supongamos que existen sólo dos áreas dentro del margen de discrecionalidad: la alta y la baja. Ignoramos los fallos que “no muestran cambio” a los efectos de evitar volver más complejo nuestro modelo, ya que además no incide en el resultado.

Supongamos también que la probabilidad de que un fallo innovador se conserve dentro de la zona de mayor innovación, es de un 90%, en tanto que la probabilidad de que introduzca escasos cambios es del 10%. Evidentemente nuestro modelo es el de un tribunal con un gran margen de discrecionalidad. Se corresponde con la situación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1999.

Figura 4



A vía de ejemplo asumimos que el tribunal maneja 100 casos, 60 mostrarán desarrollos importantes, en tanto que cuarenta mostrarán cambios moderados.

Ahora supongamos que ocurren cambios y las probabilidades pasan a ser distintas. Existe un 10% de probabilidades de que el fallo introduzca cambios importantes, en tanto que se incrementan a 90% las de que el cambio sea moderado. El tribunal ha incrementado el número de fallos que ha crecido hasta alcanzar los 1000. Si los valores anteriores del modelo podían explicar el funcionamiento de la Corte Europea de derechos Humanos en 1999, este puede hacerlo con el de 2009. Cien fallos mostrarán alta innovación, en tanto que novecientos tendrán poca. Cuando comparamos la situación de 1999 con la de 2009, el número de fallos creativos se ha incrementado, aunque en realidad el margen de discrecionalidad de los jueces se ha reducido.

Si no hubiera ocurrido esto, posiblemente la variación hubiera resultado tan importante que las normas hubieran dejado de servir de referencia para regular la conducta humana.

En síntesis, lo que acabamos de desarrollar es un breve modelo compatible con los datos disponibles, que a su vez compagina la existencia de un cambio creciente con el incremento del número de fallos, con una reducción del margen de discrecionalidad individual.

XI. MIDIENDO LA EVOLUCIÓN DEL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD

Los datos recabados ofrecen la posibilidad de analizar la evolución del margen de discrecionalidad de la Corte Europea de Derechos Humanos desde 1999 hasta 2009.

Una forma cruda de análisis es determinar cuál ha sido la probabilidad de cada una de las categorías. Así, NPC es el número de casos de una categoría durante un período, por ejemplo el de casos de gran importancia. NTC es el número total de casos durante el mismo período, en tanto que PNPC es la probabilidad de que un fallo pertenezca a esa categoría

$$\frac{NPC}{NTC} = PNPC$$

Aplicando la fórmula tenemos la siguiente tabla

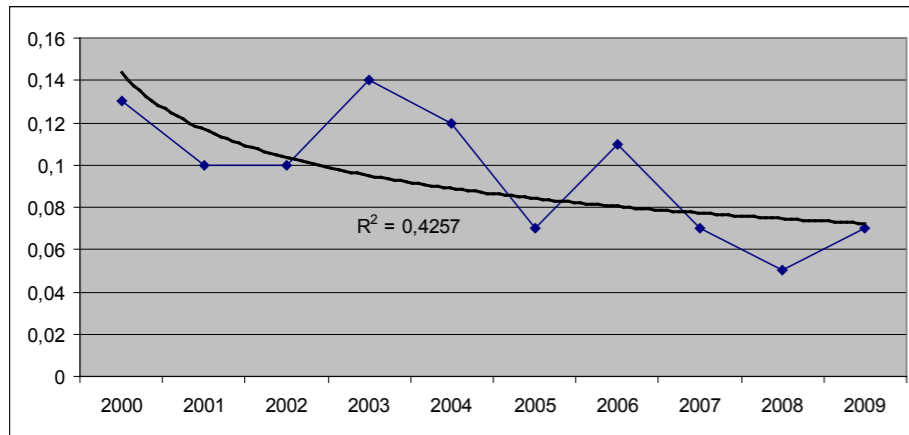
Tabla 7

Fallos según su nivel de importancia							
	Alta	Media	Baja	Total	AP	MP	RP
2000	92	60	543	697	0,13	0,09	0,78
2001	92	60	736	888	0,1	0,07	0,83
2002	86	92	650	828	0,1	0,11	0,79
2003	96	89	518	703	0,14	0,13	0,74
2004	88	156	474	718	0,12	0,22	0,66
2005	82	237	786	1105	0,07	0,21	0,71
2006	149	207	1024	1380	0,11	0,15	0,74
2007	105	276	1122	1503	0,07	0,18	0,75
2008	78	283	1182	1543	0,05	0,18	0,77
2009	110	335	1180	1625	0,07	0,21	0,73

Fuente: Tribunal Europeo de Derechos Humanos las cuatro primeras columnas, elaboración de los autores las tres últimas.

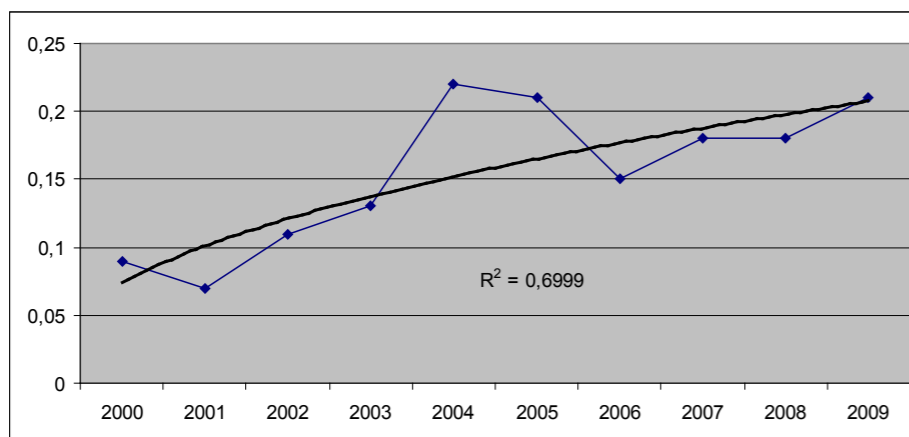
En síntesis, la evolución del margen de discrecionalidad muestra que el número de fallos más innovadores posee una participación decreciente.

Figura 5
Evolución del número de fallos más creativos



Sin embargo, esto es compensado por un importante incremento en el número de fallos de creatividad media.

Figura 6
Evolución del número de fallos con creatividad media



Con lo cual se incrementa la creatividad del sistema en la medida en que se incrementa el número de fallos, aunque de una forma controlada.

Aspectos prácticos

Desde el punto de vista práctico, la reducción del margen de discrecionalidad hace más difícil el diseño consciente del sistema a partir de la jurisprudencia, aunque dista de volverla imposible.

XII. CONCLUSIONES

La información disponible parece mostrar que se ha producido un doble fenómeno en la Corte. Por un lado, el crecimiento del número de casos, llevó a un rápido desarrollo de la jurisprudencia. Una de las formas más importantes de transmisión de estos cambios en el sistema jurídico fue a través de las condenas. Frente a la presión recibida, los Estados reaccionaron a su vez buscando el fortalecimiento de su margen de discrecionalidad. Como resultado de ello, se desencadenaron los procesos que culminaron en la elaboración del proyecto de Protocolo 15 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Desde otro ángulo, se puede pensar que, si aceptamos que las sentencias transmiten información al condenar a los Estados, entendiendo como tal la emisión de una señal que altera la probabilidad de los actos de comportamiento del destinatario y tenemos en cuenta que la emisión de esta señal no es mecánica ya que existe un margen de discrecionalidad por parte de los jueces (aunque esto diste de significar libertad total), debemos concluir que existe una relación entre validez y vigencia. En efecto, la señal de los jueces busca preservar la vigencia de las normas incentivando su cumplimiento. Pero este proceso tiene como límite la validez de la norma que se busca crear, es decir de la sentencia. Por último cabe señalar que, algunas de las variables más importantes de este proceso, pueden ser analizadas desde el punto de vista empírico y cuantitativo y luego relacionadas, como lo muestra este trabajo.