



UNVIERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA

***EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS
ULTIMOS DIEZ AÑOS.***

Autores:

- Evan Castro Vásquez
- Pablo Laso Aguilera

Profesor Guía:

- Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo

Diciembre de 2013, Valparaíso.

Resumen

La doctrina del margen de apreciación nacional, como creación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, descansa sobre la base de la deferencia que realiza el juez internacional hacia las autoridades nacionales por entender que éstas se encuentran mejor ubicadas que aquél por su mayor cercanía con la realidad social, jurídica, económica y cultural del estado demandado. El presente trabajo indaga sobre el concepto y funciones de la doctrina del margen de apreciación nacional, su utilización como criterio hermenéutico y sus vínculos con el principio de subsidiariedad, juicio de proporcionalidad y consenso europeo, entendiéndola como un elemento esencial para el respeto del pluralismo y democracia de los estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The national appreciation doctrine, as a case-law creation of the European Court of Human Rights, lies on the basis of the deference that the international judge makes towards authorities to comprehend that they are better placed than that, because of its proximity to the social, legal, economic and cultural reality of the respondent State. This paper explores the concept and functions of the margin of appreciation doctrine, its use as a hermeneutic approach and its relation with the subsidiarity principle, proportionality judgement and european consensus, understanding it as an essential element for pluralism and democracy respect of the states that are part of the European Convention of Human Rights

Palabras claves: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, Margen de Apreciación Nacional, Juicio de Proporcionalidad, Consenso Europeo, Principio de Subsidiariedad, Derechos Humanos.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, Margin of appreciation doctrine, Test of Fair Balance, Consensus, Principle of Subsidiarity, Human Rights.

INTRODUCCION.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el Convenio o CEDH) cuenta con 47 estados parte, todos con sus propias leyes, costumbres y distintos niveles de desarrollo social y cultural. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el Tribunal o TEDH), como intérprete de dicho Convenio, es el encargado de hacer frente a esta increíble diversidad, exigiéndosele certeza y unidad en sus dictámenes. Sin embargo, como es obvio, no es tarea fácil para el juez internacional trabajar bajo parámetros generales y abstractos sin pasar por alto las características propias del estado demandado. La doctrina del margen de apreciación nacional responde, o al menos eso intenta, a esa tremenda diversidad cultural. El Tribunal reconoce que las autoridades nacionales se encuentran, en principio, mejor ubicadas para fallar sobre un determinado asunto y les otorga a los miembros del Convenio un cierto margen de actuación, no entrando a revisar las decisiones de las autoridades locales.

¿En qué casos el Tribunal admite el margen de apreciación estatal? ¿Cuáles son las circunstancias que evalúa para no ejercer su poder de revisión internacional? ¿Qué rol juega la naturaleza del derecho reclamado y el consenso europeo alcanzado? ¿Cuál es la relación entre la doctrina del margen de apreciación y el test de proporcionalidad? Y en definitiva, ¿cómo ha operado el margen de apreciación nacional como doctrina en los últimos diez años en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

El objetivo del presente trabajo es precisamente responder a esas interrogantes. Para ello lo hemos dividido en dos capítulos. En el primero, analizaremos desde un punto de vista doctrinal y teórico el margen de apreciación; estudiaremos su concepto y origen, su fundamento a la luz de la universalidad de los Derechos Humanos, sus relaciones con el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, el papel clave que juega el consenso a nivel europeo y, finalmente, sistematizaremos los presupuestos necesarios para la procedencia de la doctrina que nos ocupará. En el capítulo segundo, analizaremos los casos en los cuales el Tribunal aplica comúnmente el margen de apreciación, esto es, disputas referidas a los *artículos 8, 9, 10 y 11* del CEDH, en razón de que en todos ellos se permiten ciertas limitaciones bajo determinados requisitos que estudiaremos. Finalmente, cerraremos nuestro trabajo con las conclusiones extraídas de todo ello.

CAPITULO I

El Margen de Apreciación Nacional como criterio hermenéutico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.- Origen y concepto de la doctrina del margen de apreciación nacional.

En términos generales, la doctrina del margen de apreciación nacional surge a propósito de la interpretación del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹ (en adelante, la Convención o CEDH) realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el Tribunal o TEDH), estos es, por la posibilidad de suspender ciertos derechos en virtud de un peligro público². Para el profesor Javier García Roca este origen es “traumático o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de suspensión de derechos”³ donde el Tribunal habría permitido un margen de actuación a los estados. Por su parte, según el profesor Barbosa, en el año 1972 se habría utilizado por primera vez la expresión ‘*margen de apreciación*’ en el caso *De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*, donde se reconoce al Estado un margen de actuación “*necesario para defender el orden y prevenir las infracciones penales...*”⁴.

El verdadero origen del margen como doctrina se discute entre los autores, aunque prima la versión que estima que nació a raíz de las prácticas del Consejo de Estado francés,

¹ CEDH, Artículo 15: ***Derogación en caso de estado de excepción***

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

2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.*

3. *Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.*

² Barbosa Delgado, Francisco, “*El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*” Universidad de Externado, Colombia, 2012, pág. 28.

³ García Roca, Javier, “*La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: Soberanía e integración*” UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm 20, 2007, pág. 122.

⁴ Barbosa Delgado, Francisco, “*Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*”, Revista Derecho del Estado n° 26, enero-junio de 2011, pp. 111.

es decir, tendría un origen de carácter administrativo⁵. Sin embargo, como doctrina interpretativa en el ámbito del Derecho Internacional, es claro que responde a una creación jurisprudencial del TEDH⁶.

En cuanto al concepto de margen de apreciación nacional, nos encontramos con diversas definiciones, destacando la del autor Arai Takahashi quien lo define como “*la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos*”⁷. Además, tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo señalan como “*el espacio limitado de interpretación que tiene el estado frente a los derechos fundamentales*”⁸.

Lo que se busca con esta doctrina es que los tribunales internacionales al momento de fallar un asunto, no lo hagan con criterios abstractos, generales o puramente formales, sino que considerando, caso a caso, las particulares circunstancias de hecho y de derecho del Estado en el que se presenta el problema, considerando, además, las interpretaciones de los tribunales locales⁹. Así, frente a un caso concreto, el Tribunal reconocerá que las autoridades nacionales se encuentran mejor ubicadas para evaluar las circunstancias del caso ventilado. Tiene, por tanto, como fin último responder a la tremenda diversidad social, cultural, política, religiosa y económica de cada estado europeo contratante.

En el apartado que sigue, nos referiremos sucintamente al carácter universal inherente de los derechos humanos, lo cual nos ayudará a comprender por qué en ciertos casos, como en el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, tratos discriminatorios, etc., esta doctrina se torna impracticable. Lo que no ocurre en otra clase de derechos, como la libertad de expresión, el derecho a la honra y vida privada, la libertad de reunión, etc.,

⁵ Bakircioglu, Onder, “*The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases*”, German Law Journal, Vol. 08, N° 07, pp. 713.

⁶ Rubasha, Herbert, “*Accommodating diversity: Is the doctrine of margin of appreciation as applied in the European Court of Human Rights relevant in the African human rights system?*” under the supervision of Giles Cistac, Faculty of Law, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Mozambique, 2006, pág. 6.

⁷ Barbosa Delgado, Francisco R., “*El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática*”. Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, pág. 51.

⁸ Barbosa, “*Los límites a la doctrina...*”, op. cit., 110.

⁹ Sagüés Néstor, “*Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.*” Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, año 9, núm. 1, pág. 218.

donde sí es apreciable un cierto margen hacia los estados en su interpretación de la Convención.

2.- Breve referencia al fundamento y a la universalidad de los Derechos Humanos.

El profesor Agustín Squella señala que los derechos humanos o *“derechos fundamentales de la persona humana, constituyen un concepto histórico propio del mundo moderno, con lo cual quiere decirse que se trata de un concepto que surge progresivamente en el tránsito del Medioevo a la edad moderna, y que se desarrolla, tanto en sus aspectos teóricos como en sus dimensiones prácticas, durante la modernidad y hasta nuestros días.”*¹⁰ Los derechos humanos, por tanto, son producto de una evolución histórica acerca de la concepción del hombre como sujeto de derecho, particularmente consolidado a través de la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 1945, imponiéndose con ello *“una visión superlativa (de los derechos humanos), en calidad de presupuesto de la paz y seguridad internacionales, pero también evoluciona con visión puesta en el individuo mismo, como bien superior independiente del estatal, como derechos que se derivan de la dignidad inherente de la persona humana”*¹¹.

Detrás del concepto de derechos humanos, subyace la noción de universalidad¹², la idea de que los derechos humanos trascienden lo espacial y lo temporal, es decir que con *“el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia”*¹³. Bajo el manto de los derechos humanos encontramos la idea de ‘dignidad humana’ como valor superior universal, y *“los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad (...)”*¹⁴ La universalidad como nota característica de los derechos humanos significa que estamos

¹⁰ Squella Narducci, Agustín, *“¿Son los derechos humanos derechos morales? El problema del fundamento de los derechos humanos”*, en Estudios sobre Derechos Humanos, Edeval Valparaíso, 1992, pág. 109.

¹¹ Drnas de Clément, Zlata, *“La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de los derechos humanos”*, ‘Nos ad justitiam ese natos’, Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1922-2011), Vol. II, pág. 966. (págs.. 965 a 974).

¹² Serrano, Sandra, *“Las características de los derechos humanos en el Derecho Internacional”*, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Flasco México, pág. 4. Extraído de http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/SERRANO_SANDRA_Caracteristicas_de_los_DH_en_el_DI.pdf.

¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *“La universalidad de los derechos humanos”*, en La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994, pág. 402.

¹⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *“La universalidad ...”* op. cit., pág. 411.

adscritos a ellos todos los seres humanos, “*haciendo caso omiso a cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y características del contexto (...) porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de ellas*”¹⁵.

Desde antiguo, se ha fundamentado a los derechos humanos a la luz de las concepciones iusnaturalista, historicista y modernamente a través de la fundamentación ética¹⁶, tomando mayor fuerza ésta última postura, que comprende a los derechos humanos como ‘*derechos morales*’¹⁷ y “*enlazados a la democracia y al desarrollo como pilares fundamentales de la dignidad humana*”¹⁸.

Con todo, hay que distinguir en este contexto la diferenciación de roles que juega tanto el derecho interno como el externo. Así, los países suscritos a la Convención deberán interpretar y aplicar las reglas determinadas de su ordenamiento interno en conjunto con las reglas internacionales, en este contexto, y -a la coyuntura de los países- es que nace el margen de apreciación nacional. En efecto, el concepto de margen de apreciación nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos. Sus límites se estructuran en base a la noción de razón de Estado que le permite a éste suspenderlos y restringirlos, y por su parte el control de estos límites por parte de las cortes regionales que los racionalizan a través de interpretaciones extensivas de derechos fundamentales con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH, como en la CEDH¹⁹.

A continuación, abordaremos sucintamente el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo y el principio de subsidiariedad como mecanismo para recurrir al TEDH. Posteriormente, analizaremos el consenso europeo alcanzado sobre los derechos humanos y su vinculación con el margen nacional de apreciación.

¹⁵ Laporta, Francisco, “*Sobre el concepto de derechos humanos*”, Revista Doxa, N° 4, Alicante, 1987, pág. 32.

¹⁶ Fernández Eusebio, “*El problema del fundamento de los derechos humanos*”, Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, págs.. 78 y ss.

¹⁷ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “*La universalidad ...*” op. cit. El autor español defiende su tesis de la universalidad de los derechos humanos a través de la moralidad de éstos considerados en su conjunto, o sea, una *universalidad moral básica*.

¹⁸ Serrano, Sandra, “*Las características de los derechos...*” pág. 9. Véase también el trabajo de Ruiz Miguel, Alfonso, “*Los derechos humanos como derechos morales*”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1988.

¹⁹ Barbosa Delgado, Francisco., “*El margen nacional de apreciación...*”, op. cit., pág. 52.

3.- El principio de proporcionalidad y subsidiariedad en la aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación.

El TEDH tiene claramente establecido que siempre ha de hacerse un test de proporcionalidad que pondere el derecho individual reclamado con los intereses públicos en juego, lo cual significa una ponderación razonable entre un interés y otro frente a cada caso particular. Es por ello que se dice que el principio de proporcionalidad no es más que la *otra cara de la moneda* del margen de apreciación²⁰. Este test de proporcionalidad, según Arai-Takahashi debe entenderse de dos formas: primeramente como la evaluación que hace Estrasburgo acerca del justo balance o *'fair balance'* entre el derecho individual reclamado por el demandante y los intereses generales del estado demandado, y en segundo lugar, como la relación razonable entre los medios empleados, incluyendo su severidad, duración y el objetivo general o de interés público perseguido²¹. Como nos señala Alastair Mowbray, un elemento importante de este juicio de proporcionalidad es el concepto de justo equilibrio o balance (*'fair balance'*) entre los intereses en juego en un caso determinado, siendo reconocido tempranamente por los dictámenes del Tribunal como un principio inherente a toda la Convención, además de ser un fiel reflejo de la constante evolución de su jurisprudencia²². Además, es extendida la crítica en doctrina en orden a considerar que la aplicación del principio de proporcionalidad en los dictámenes del Tribunal carece de un razonamiento inductivo sólido, y su falta de claridad redundaría en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, permaneciendo ambos de forma difusa, obstaculizando la predicción de los fallos del TEDH²³.

De esta forma, el principio de proporcionalidad se encuentra constantemente en contacto con el margen de apreciación; si en su sentencia el Tribunal realiza un riguroso test de proporcionalidad de la medida, será muy probable que posteriormente concluya que el margen de apreciación estatal ha de ser muy reducido, mientras que si el juicio de proporcionalidad no se manifiesta de forma tan intensa, es porque más adelante el Tribunal

²⁰ Arai-Takahashi, Yutaka, *"The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR"*, Intersentia, 2001.

²¹ Arai-Takahashi, Yutaka, op. cit., pág. 193.

²² Mowbray, Alastair, *"A study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of European Court of Human Rights"*, Human Rights Law Review, Oxford University Press, pp. 289-317.

²³ Christoffersen, Jonas, *"Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights"*, International Studies of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Netherland, 2009 pág. 34. Material extraído de: <http://goo.gl/ab90j6>.

reconozca que la actuación del estado demandado se ha conformado al margen con que cuentan las altas partes contratantes. Este punto será analizado y probado en el segundo capítulo de este trabajo.

Por su parte, el principio de subsidiariedad²⁴, extraído por la doctrina a la luz del artículo 1 del Convenio²⁵ da fundamento a la intervención de las cortes regionales, por ello se dice que “*la maquinaria de protección establecida por el Convenio es subsidiaria de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos*”²⁶. Aunque se suele acusar que el principio de subsidiariedad es abstracto y de difícil concreción, dando resultados dispares y poco predecibles en su aplicación a nivel europeo²⁷, su necesidad es evidente pues las decisiones que toma el Tribunal son de carácter final, es decir, sus sentencias son inapelables.

Tal vez la manifestación más evidente de la subsidiariedad es que el juez internacional conoce siempre y en todo caso después del juez nacional, es decir, sólo es posible recurrir al TEDH una vez agotado absolutamente todas las instancias internas. Sin perjuicio de lo anterior, como resultado de la ‘Conferencia Ministerial’ realizada el año 2009 para evaluar una eventual reforma al TEDH, se llamó la atención acerca de la necesidad que el Tribunal “*no se convierta en una cuarta instancia volviendo a examinar cuestiones de hecho o de interpretación del derecho nacional ya resueltas por los tribunales nacionales*”²⁸, confirmando la importancia de mantener y respetar el principio de subsidiariedad.

Proporcionalidad y subsidiariedad no bastan *per se* para comprender la doctrina que nos ocupa. En el apartado que sigue analizaremos el rol que juega el consenso a nivel europeo dentro del margen de apreciación, pues, adelantemos desde ya, la existencia o no

²⁴ Para mayor profundización acerca de su concepto y evolución histórica, véase Gil-Robles, José María, “*El principio de subsidiariedad en la construcción europea*”, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 2, Valencia, 1993. Artículo extraído de <http://goo.gl/noqw3x>.

²⁵ CEDH, Artículo 1: **Obligación de respetar los derechos humanos**

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

²⁶ García Roca, “*La muy discrecional...*” op. cit., pág. 121.

²⁷ Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, “*Tratado de la Unión Europea y Constitución Europea: El Principio de Subsidiariedad*”, Trabajo extraído de <http://goo.gl/uUlsnM>.

²⁸ Irurzun Montoro, Fernando, “*¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2012.

de dicho consenso sobre la interpretación de determinadas garantías de la Convención le permite al Tribunal establecer con mayor certeza el alcance del margen discrecional dejado a las partes contratantes. Además, como lo veremos en el capítulo segundo de este trabajo, el consenso se torna particularmente relevante en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH.

4.- El Consenso y el Margen Nacional de Apreciación.

La Carta de Naciones Unidas estableció una serie de principios en materia de Derecho Internacional que ayudan a crear una nueva realidad jurídica para los Estados, mermando el dogma de la soberanía absoluta o irrestricta como atributo del Estado, es decir, oponiéndose a la idea de *“crear que el poder soberano no admite límites ...”*.²⁹ Hoy son pocos los que niegan la posibilidad de recurrir a un órgano jurisdiccional internacional si la decisión nacional no les satisface, no obstante los evidentes problemas de carácter sociológico que subyacen a veces en los tribunales locales, tales como la *desinformación, rechazo y la desnaturalización o desfiguración del texto internacional*³⁰.

Desde la segunda mitad del siglo pasado hasta nuestros días, se ha trabajado arduamente, con dispares resultados, para alcanzar un consenso universal acerca de los derechos humanos, entendiéndose que hay ciertos derechos inalienables, propios de la naturaleza humana³¹ que no deben admitir graduación o excepción alguna, sin embargo, este consenso no se ha logrado del todo, es una tarea aún incompleta³². Esto se demuestra en parte por *“la generalidad con que se conciben los términos contenidos en las normas de los tratados sobre derechos humanos, la posibilidad dada en casi todos de ellos de formular reservas y la falta, que por regla general se observa, de instancias jurisdiccionales convencionales obligatorias”*³³. Además, como destaca el juez Dean Spielmann, el consenso implica entender que los derechos y libertades enumerados en la

²⁹ García Roca, Javier, *“La muy discrecional doctrina...”* op. cit., pág. 118. Véase también Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *“Derechos Humanos y Soberanía: Innovación y Tradición en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* capítulo quinto del libro *“Soberanía y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo”*, extraído de http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Carrillo_Salcedo_Juan_Antonio.pdf.

³⁰ Sagüés Néstor: *“Las relaciones entre los tribunales...”*, op. cit., pág. 206 y ss.

³¹ Squella Narducci, Agustín, *“Libertad e igualdad: Las promesas cumplidas e incumplidas de las revoluciones del siglo XVIII”*, Estudios sobre derechos humanos, Edeval, Valparaíso, 1991.

³² Benavides Casals, María Angélica, *“El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”*, Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 15, N° 1, pág. 301.

³³ Benavides Casals, María Angélica, *“El consenso y el margen...”* op. cit. pág. 297.

Convención no son inamovibles, sino que debe primar siempre una interpretación progresiva o evolutiva acorde a los avances legales, sociales y científicos, y por otro lado, debe mantenerse siempre el balance entre Estrasburgo y los sistemas locales³⁴. No obstante estas dificultades, la adecuada combinación entre la aplicación del margen y el consenso que pueda alcanzarse, cimienta el camino hacia la creación de un orden público internacional en el que primen más certezas que dudas en el ámbito internacional³⁵.

Hoy en día es posible decir que respecto de ciertos derechos hay un alto grado o nivel de consenso, derechos que son de tal importancia que requieren un control internacional intenso o estricto, como el derecho a la vida, los derechos democráticos o los tratos prohibidos, son los derechos denominados ‘*absolutos*’ y que prácticamente no admitirían la aplicación del margen. Pero por otro lado existen derechos que no han alcanzado tal grado de consenso, tales como los derechos religiosos o culturales; “*en ese sentido, se podría afirmar que si los derechos en cuestión son civiles o políticos existirá un control estricto del margen nacional de apreciación, mientras que si es de naturaleza social, económica o cultural el control judicial internacional será laxo por la libertad de configuración estatal y la palpable ausencia de consenso interestatal*”³⁶. De ahí la importancia de determinar el grado de consenso que exista sobre determinados derechos, pues determinará si el margen de apreciación procede o no. Como botón de muestra acerca de la relación entre consenso y margen, en el caso *Lautsi y otros con Italia*³⁷ donde se discutía sobre si el mantener crucifijos en los establecimientos educativos públicos violaba o no la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el Tribunal declara que la falta de consenso a nivel europeo sobre la materia le abre al estado un amplio margen de apreciación, validando el actuar de las autoridades locales³⁸.

³⁴ Spielmann, Dean (Judge), “*Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*”, CELS Working Paper Series, University of Cambridge, 2012, pp. 18.

³⁵ Benavides Casals, María Angélica, “*El consenso ...*”, op. cit., pág. 299.

³⁶ Barbosa Delgado, Francisco, “*Los límites a la doctrina del margen...*” op. cit., pág. 117. Allí el autor señala el caso Muños Díaz con España, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 49, del cual destacamos la frase “*se deja al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica o social*”.

³⁷ Sentencia disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040> .

³⁸ Para un análisis crítico de la sentencia de Lautsi, véase a Ronchi, Paolo, “*Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*”, Ecclesstial Law Journal, Vol. 13, Issue 03, 2011, pp. 287-297.

En resumidas cuentas, el TEDH se encargará de establecer, generalmente a través de estudios de derecho comparado, si sobre la interpretación de determinada garantía de la Convención existe un consenso más o menos amplio. Si este consenso común aún no ha sido establecido o es ambiguo, se abre un margen de apreciación nacional al entender que el juez nacional está en mejor situación que el juez internacional para aplicar, restringir, limitar o suspender un derecho.

A continuación veremos en términos generales cuáles son los presupuestos que el Tribunal toma en cuenta frente a casos concretos con el fin de establecer si la actuación del estado demandado ha traspasado o no su margen nacional de apreciación.

5.- Presupuestos del Margen Nacional de Apreciación.

Recordemos que el margen de apreciación nacional es una noción que se refiere al espacio de maniobra que el Tribunal admite a las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por el CEDH³⁹. El presupuesto o idea básica de esta doctrina es, como ya hemos dicho, reconocer a los estados cierta discrecionalidad en su actuar, partiendo de la base que las autoridades nacionales se encuentran mejor ubicadas que el juez nacional para resolver ciertos asuntos. Desde esta perspectiva, el profesor George Letsas, estima que se pueden distinguir al menos dos categorías en las cuales el Tribunal acepta que las autoridades locales están mejor ubicadas. En primer lugar, los casos en los cuales entre los estados miembros no existe consenso acerca del contenido de ciertos derechos. Dentro de esta categoría es posible encontrar, según el mismo autor, los conflictos ventilados a propósito de los artículos 8 a 11 de la Convención. En segundo lugar, se encuentran los casos en los cuales el TEDH defiere la actuación del estado demandado en razón de la delicada situación política por la cual pudiera estar pasando dicho estado⁴⁰.

En virtud del principio de subsidiariedad, la doctrina del margen supone, en primer lugar, un previo agotamiento de los recursos internos de parte de la víctima en el supuesto

³⁹ Spielmann, Dean (Judge), “*Allowing the Right Margin...*”, op. cit, pp. 2.

⁴⁰ Letsas, George, “*Two Concepts of the Margin of Appreciation*”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol., 26, N° 4 (2006), pág- 726.

en que ésta sienta que el Estado no ha protegido los derechos consagrados en la Convención. El primer supuesto, entonces, es la *consagración de la lesión*, es decir, el Estado no ha cumplido con su obligación de proteger y resguardar los derechos consagrados en la Convención; el segundo supuesto es la *reparación insatisfactoria*, o sea, “*si la reparación obtenida se revelara inidónea para una protección adecuada del derecho supuestamente violado (...), entonces la Corte puede revisar la decisión nacional y sustituirla por otra más adecuada al Convenio*”⁴¹. Por lo tanto, cuando en un caso el Tribunal accede a permitir un margen de apreciación a un Estado, es porque ya ha realizado un juicio previo de ‘*razonabilidad*’, y no entra al fondo del asunto pues reafirma la decisión del estado parte pues no le parece irrazonable o desproporcionada de acuerdo a los intereses en juego.

A estas alturas, podríamos justificar el margen de apreciación por dos razones; en primer lugar, porque es absolutamente impracticable una justicia supranacional que niegue la evidente pluralidad y matices que presenta uno y otro país, lo cual se acentúa particularmente en Europa. Y por otro lado, la jurisdicción del TEDH es siempre *subsidiaria* de la jurisdicción nacional, lo que significa que previo a un dictamen del Tribunal, ya se agotaron las vías internas para resolver el conflicto, “*la ponderación de los hechos y la interpretación de legalidad ya ha sido realizada*”⁴². Por lo tanto, el margen responde a la necesidad de una adecuada protección ‘internacional’, pero siempre subsidiaria.

Por otro lado, como apuntamos más arriba, el margen de apreciación implica una interpretación evolutiva y en ningún caso buscará una adherencia rígida a los valores tradicionales de la cultura europea, sino más bien propenderá hacia una mayor flexibilidad y compromiso de parte de las autoridades locales, acorde a la evolución del Derecho Internacional⁴³.

⁴¹ García Roca, Javier, op. cit., pág. 123.

⁴² Op. cit., pág. 129

⁴³ Porlett, David, MacDonald, Barbara, “*International Publications and Protection of the Reputation: A Margin of Appreciation but no Subsistence?*”, Alabama Law Review, Vol. 62, N° 3, 2011, pp. 511.

CAPITULO II

El Margen de Apreciación Nacional en la Jurisprudencia del TEDH.

En la aplicación concreta de la doctrina del margen de apreciación éste se amplía, restringe o niega a un estado en particular, en relación con los derechos atentados o las obligaciones incumplidas de las autoridades nacionales y con el principio de proporcionalidad⁴⁴ que subyace en sus sentencias. En primer lugar, detallaremos los criterios utilizados por Estrasburgo a la luz de las disposiciones del Convenio que autorizan ciertas limitaciones. Nos referimos a las llamadas *cláusulas de acomodación o limitación* contempladas expresamente en los párrafos segundos de los **artículos 8, 9, 10 y 11**. Con todo, las controversias ventiladas sobre esta clase de derechos, permiten al Tribunal realizar el test de proporcionalidad para determinar si acepta o no un restringido, cierto o amplio margen de apreciación estatal. Además, como se destaca en doctrina, son derechos flexibles y sujetos a un constante balance entre el interés público y el particular⁴⁵, lo cual facilita la eventual aplicación de la figura en estudio. Finalmente, señalaremos a modo de síntesis los criterios de que se vale el Tribunal y los pasos que sigue para permitir o no el margen de apreciación correspondiente a cada estado.

Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En el caso *S. y Marper con Reino Unido* (4 de diciembre de 2008)⁴⁶ dos ciudadanos británicos reclamaron violación del artículo 8, luego que las autoridades locales decidieran conservar sus huellas dactilares, sin importar que uno haya sido absuelto y al otro le hayan archivado definitivamente su causa. Estos acusaron que dicha práctica viola su intimidad pues a partir de dicha información se podía obtener el perfil genético completo de una persona, provocando una fuerte estigmatización social, inaceptable en una sociedad democrática. Estrasburgo concluye que el Reino Unido es el único estado miembro que autoriza expresamente la conservación sistemática y por un plazo ilimitado de perfiles de

⁴⁴ Mowbray, Alastair, “A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, The Author [2010]. Published by Oxford University Press. Páginas 312-315.

⁴⁵ Iglesias Vila, Marisa, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH. En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”. Artículo disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf .

⁴⁶ Sentencia disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["s.marper"\],"documentcollection2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-90051"\]} .](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

ADN⁴⁷. En razón de ello es que declara que sobre el tema existe un alto consenso a nivel europeo, y que un caso como el presente merece el más riguroso análisis. Si bien el Tribunal concluye que la medida está *prevista en la ley*⁴⁸, aunque en términos muy amplios y vagos⁴⁹, y que busca un *fin legítimo*, discrepa acerca de si es *necesaria en una sociedad democrática* la cual se traduce en *necesidad social imperiosa* y sobre todo *proporcionada* de acuerdo al fin legítimo perseguido. En este punto, Estrasburgo señala expresamente que se les debe reconocer a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación, aclarando que cuando un aspecto importante de la identidad o existencia de un individuo se encuentra en juego, el margen dejado al estado es restringido⁵⁰. Finalmente, el Tribunal determina que el margen de apreciación con que cuenta Reino Unido ha sido desbordado, pues sobrepasa el *'justo equilibrio'* entre los intereses públicos y los privados, de modo que la conservación de esos datos, tal y como lo realiza la legislación británica, no es proporcionada ni responde a necesidades imperiosas de la sociedad.⁵¹

Breve mención a los derechos de las minorías sexuales en la jurisprudencia del TEDH.

Amparándose en los artículos 8 y 14 del CEDH, ciertas personas homosexuales han recurrido al órgano internacional reclamando que el estado ha violado sus derechos en razón de su orientación sexual⁵². En doctrina, llaman la atención dos casos recientes en que el Tribunal ha fallado de manera distinta⁵³; así, en el caso *Fretté con Francia* (febrero de 2002)⁵⁴, donde el estado niega la solicitud de un homosexual soltero para adoptar un menor,

⁴⁷ Párrafo 47 de la sentencia.

⁴⁸ Párrafo 95 y siguientes.

⁴⁹ En el caso *Klass con Alemania* y otros se reitera la necesidad de la previsión de la medida en la ley. Sentencia disponible en: <http://xurl.es/zd9ko>. Más claro aún es el caso *Sunday Times*, que precisa que la previsión legal debe estar redactada en términos claros y comprensible para los ciudadanos, de modo que sepan a qué atenerse y cómo actuar. Caso *Sunday Times* disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["sunday times"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57708"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

⁵⁰ *"Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted."* Párrafo 102 de la sentencia.

⁵¹ González Fuster, Gloria. "TEDH – Sentencia de 04.12.2008, S. y Marper c. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04 – Artículo 8 CEDH – Vida privada – Injerencia en una sociedad democrática – Los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, mayo-agosto 2009, págs. 619-633

⁵² Un tema relevante no sólo en Europa, pues recordemos que el estado chileno el año recién pasado fue condenado por discriminación arbitraria en el bullado caso de Karen Atala.

⁵³ Benítez, Fuentes, Mariangel y Schönsteiner, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2012.

⁵⁴ Sentencia disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60168>

la Gran Sala constata la falta de consenso a nivel europeo⁵⁵, por ende, invocando el margen de apreciación, confirma la decisión del estado francés apuntando que no hubo discriminación por razones homofóbicas⁵⁶. Por su parte, en el caso *E.B con Francia* (2008), una mujer lesbiana acusa violación a sus derechos por la negativa del estado a su solicitud de adoptar un niño. Aquí el Tribunal restringe fuertemente el margen de apreciación, procediendo a un riguroso test de proporcionalidad y condenando al estado francés⁵⁷.

Demandas como estas son cada vez más frecuentes, por ello creemos que el Tribunal, sirviéndose de una interpretación progresiva, irá reconociendo paulatinamente esta clase de derechos a personas con orientaciones de género distintas, siempre y cuando se vaya logrando un consenso más o menos amplio a nivel europeo sobre el tema, pues sobre esta clase de derechos (artículo 8) Estrasburgo suele ser muy cauto y prudente.

Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

En el caso *Leyla Sahin contra Turquía* (10 de noviembre de 2005)⁵⁸, al Tribunal le consta que sobre el punto no existe consenso en las jurisdicciones nacionales europeas y que constituye un tema sumamente controvertido. En razón de ello, el Tribunal recurre al margen de apreciación⁶⁰ y pondera la libertad religiosa frente a la necesidad de vivir en una sociedad democrática que, como tal, se ampara en el secularismo y en la equidad, mismos valores en que se ampara la Convención. Con todo, Estrasburgo concluye que la medida en discusión está prevista *por la ley*, que persigue un *fin legítimo*, esto basándose en la protección de los derechos y libertades de los demás y la protección del orden público,

⁵⁵ Párrafo 36 de la sentencia.

⁵⁶ Esto sin perjuicio del voto disidente de los jueces, Nicolás Bratza, Fuhrmann y tulkens, quienes expresan en relación al test de proporcionalidad “*No corresponde al Tribunal para tomar decisiones (o emitir un juicio moral) en lugar de los Estados en un área que es también un tema de controversia en muchos Estados miembros del Consejo de Europa, especialmente en lo que las opiniones de los tribunales administrativos franceses también parecen estar divididos. Tampoco corresponde al Tribunal para expresar su preferencia por cualquier tipo de modelo de familia.*”

⁵⁷ Otaduy, Jorge, “Crónica de Jurisprudencia 2008. Derecho Eclesiástico Español”. Disponible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/34565/1/12.Otaduy_Cr_IUS-97.pdf. Páginas 222, 223.

⁵⁸ Sentencia disponible en:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22leyla%20sahin%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-70956%22%5D%7D> .

⁵⁹ En este caso una ciudadana turca, quien profesa la religión musulmana, estudiaba Medicina en la Universidad de Estambul, cuando la rectoría de esta emitió una circular en la que se prohibía el uso de barbas y de prendas para cubrirse el rostro, en particular, el uso del velo islámico (‘Islamic headscarf’).

⁶⁰ Párrafos 110 y siguientes.

mediante la salvaguarda de la laicidad que garantiza la Constitución. Además, estima que dicha medida es *necesaria en una sociedad democrática*⁶¹, lo cual se traduce en que el TEDH considera que la libertad religiosa de la demandante puede ser restringida en base a los principios de igualdad y laicidad, de modo que el perjuicio particular sufrido por Sahin es mucho menor, y por ende tolerable, en comparación al beneficio que recibiría la sociedad turca a través de la preservación de los principios ya señalados. En otras palabras, el Tribunal admite en este caso un margen de apreciación estatal, es decir, los estados parte tienen un amplio margen de actuación para limitar la libertad religiosa de sus ciudadanos en pro de una sociedad secular, equitativa y democrática⁶².

El caso de Leyla Sahin y la decisión del TEDH es aún muy resistida por la doctrina⁶³, y hoy se destaca un supuesto giro jurisprudencial del Tribunal a propósito del caso *Ahmet Arslan y otros con Turquía* (febrero de 2010)⁶⁴, en el cual un grupo religioso fue detenido y enjuiciado por la justicia turca invocando la ley antiterrorista, sometiénolos a una serie de desmanes y procesos penales en su contra. Este grupo, acudió al Tribunal acusando al estado turco de violar el art. 9 del CEDH. El órgano de Estrasburgo estableció que hubo violación a la libertad religiosa y que la medida adoptada por las autoridades turcas buscaba un fin legítimo (hasta aquí, igual que en el caso Sahin basándose en un estado laico y democrático), pero que sin embargo los tratos no fueron proporcionales⁶⁵. En este último caso, el margen nacional de apreciación se restringe⁶⁶ o cede ante el

⁶¹ Párrafos 100 y siguientes.

⁶² Solar Cayón, José Ignacio, “*Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Localización: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, N°. 15,2007.

⁶³ Así por ejemplo, Suárez Espino, María Lidia, “*La libertad religiosa y el derecho a llevar el velo islámico en las escuelas desde una perspectiva constitucional*”, donde destaca el único voto disidente de la STEDH de la magistrado belga Tulkens. Artículo disponible en: http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-ML_Suarez_Espino.pdf. Vid. también Martínez-Torrón, Javier, “*La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*”, trabajo disponible en: <http://goo.gl/Q7twda>.

⁶⁴ Sentencia disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22ahmet%20arslan%22%2C%22display%22:%5B%22%5D%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22FRA%22%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%2C%22chamber%22:%5B%22%22%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-97380%22%22%5D%7D>.

⁶⁵ López Medina, Aurora María, “*Detrás del velo. Prohibiciones respecto a las vestimentas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado 26 (2011). Artículo disponible en: http://www.academia.edu/3743202/Detras_del_vel.

⁶⁶ Sobre la importancia particular del margen de apreciación nacional en cuanto a la prohibición del uso de símbolos religiosos en los establecimientos públicos no se estima de aplicación en el presente asunto. Extraído de Ministerio de Justicia Español, “*Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre*

principio de proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada mediante una adecuada ponderación de los hechos, tomando en cuenta nuevamente los principios de laicidad y democracia que fundan el estado turco versus la libertad religiosa de sus ciudadanos, pero estimando esta vez que el perjuicio sufrido por los demandantes es superior al beneficio que recibiría la sociedad turca al preservar los principios laicos, entre otros aspectos.

Artículo 10: Libertad de expresión.

En el asunto *Gutiérrez Suárez con España* (1° de junio de 2010)⁶⁷, un periodista publica la noticia de que un camión (propiedad de la familia del Rey Hassan II de Marruecos) fue incautado en Algeciras con 4.638 kilogramos de hachís. El jefe de estado marroquí sintió que su derecho a la honra e imagen fueron violentados, por ello demanda a Gutiérrez ante los tribunales españoles. En todas las instancias se condenó al periodista estimando que el titular fue tendencioso y el texto íntegro de la noticia no se hacía cargo de otros asuntos relevantes en el caso. Gutiérrez decidió, una vez agotados todos los recursos internos, recurrir al TEDH alegando violación al artículo 10 del CEDH⁶⁸ pues los tribunales lo condenaron a retirar la noticia y publicar la sentencia en su propio diario. Ante esto, Estrasburgo reconoce el papel preponderante que tiene la prensa en una sociedad democrática, esgrimiendo que no debe traspasar ciertos límites establecidos⁶⁹, esto con objeto de proteger la reputación y los derechos ajenos así como a la necesidad de impedir las divulgaciones de informaciones confidenciales. Con todo, el TEDH determina que la medida está *prevista en la ley* y que busca un *fin legítimo* (proteger la reputación y los derechos ajenos). Sin embargo, la injerencia no responde a una *‘necesidad social imperiosa’*, o sea, la medida no es proporcional de acuerdo a los intereses de una sociedad

Vestidos y Símbolos Religiosos Personales”, Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos, pág. 2. Artículo extraído de <http://goo.gl/MTrqES> .

⁶⁷ Sentencia disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22gutierrez%20suarez%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-98999%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22gutierrez%20suarez%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-98999%22]}) .

⁶⁸ Art. 10: “ 1.- *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)* 2.- *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, (...) la protección de la reputación o de los derechos ajenos, (...)”*.

⁶⁹ En el caso *Handyside*, se reconoce la libertad de expresión, pero sujeta a ciertos límites según las condiciones; que estén previstas por la ley, que busquen un fin legítimo y necesarias en una sociedad democrática.

democrática⁷⁰. Cuando el Tribunal estima que las jurisdicciones internas han sobrepasado el margen, se debe hacer el más riguroso control y declarar que la injerencia o restricción de la libertad de expresión no se justifica en el contexto de una sociedad democrática y sus valores⁷¹.

En el caso *Otegi Mondragón con España* (marzo de 2011)⁷² el demandante reclama violación a su libertad de expresión, luego de que fuera condenado a un año de prisión y con suspensión del derecho de sufragio pasivo, esto como consecuencia de expresar que el Rey de España amparaba la tortura y la violencia. El Tribunal admite que las medidas impuesta a Mondragón estaban previstas en la Ley, pero que en este caso se pasó por alto que la libertad de expresión en un político (como el demandante, en su carácter de representante parlamentario de izquierda) es más amplia y que su restricción merece una interpretación restrictiva, en atención al estrecho margen con que cuentan los estados⁷³. Como es común en los asuntos de libertad de expresión, el Tribunal distingue entre *hechos* y *juicios de valor*. En éste caso, se tratarían sólo de juicios de valor –por ende, no han de ser probados-, sobre todo si lo entendemos en un contexto político. Es por ello que estima especialmente duras las penas impuestas, declarándolas desproporcionadas y que no responden a una *necesidad social imperiosa*. Así, de forma textual, el TEDH finaliza su análisis expresando: “*Notwithstanding the margin of appreciation left to the national authorities, the Court considers that the applicant's conviction was disproportionate to the aim pursued*”⁷⁴.

Como es dable apreciar, a partir de los dos casos recién expuestos, para el Tribunal la libertad de expresión es un pilar fundamental y *sine qua non* en toda sociedad

⁷⁰ Serrano Maíllo, Isabel, “*El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles*” Páginas 585-589.

⁷¹ Es de considerar la opinión disidente vertida por el juez ZUPANČIČ, quien declaró “*Estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia por lo que se refiere a la constatación de una violación del artículo 6 § 1 sea constatada. Sin embargo, teniendo en cuenta el problema evocado por la demandante en el párrafo 22 de la sentencia, está claro que el único remedio en semejante caso sería volver a juzgar el conjunto del asunto. La inmensa mayoría de los Estados miembro del Consejo de Europa ya prevén en su legislación que la constatación de una violación por el Tribunal europeo de derechos humanos, es condición suficiente para la reapertura de un asunto, para un nuevo proceso, etc*”

⁷² Sentencia disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103951> .

⁷³ Ver párrafos 50 y ss.

⁷⁴ Párrafo 61 de la sentencia.

democrática⁷⁵. En consecuencia, será especialmente celoso y cauteloso a la hora de permitir un margen de apreciación de por sí estrecho, frente a un caso concreto. El juicio de proporcionalidad, en fin, es estricto y de los más rigurosos.

Vale aquí referirnos brevemente a la jurisprudencia del TEDH cuando evalúa la libertad de prensa. Así la jurisprudencia de Estrasburgo de fines de la década de los 90 y comienzos del nuevo siglo se inclina por una posición de que la prensa desempeña un papel de “perro vigilante” (chien de garde o watchdog)⁷⁶. Aun así, a pesar de contar con cierto margen de apreciación, es excepcional para los estados considerar a los artículos de prensa como medios legítimos de ataque a la libertad de expresión⁷⁷. También es importante el amparo a los periodistas por las sanciones tomadas en su contra cuando no puedan divulgar su información, yendo en contra así de la libertad de expresión⁷⁸. Ahora bien, Estrasburgo ha reconocido un amplio margen de apreciación a los estados cuando estos limitan la libertad de expresión por razones de seguridad nacional o de orden público⁷⁹, como en el caso *Janowski v Polonia de 1999*, relativo a la persecución de una persona que había injuriado a miembros de la policía, en que no hay violación del artículo 10. Con todo, y a pesar de lo anterior, el Tribunal se niega a ir demasiado lejos al tener en cuenta los intereses del orden público, lo que se refleja en el caso *Surek con Turquía*.

Artículo 11: Libertad de reunión y de asociación.

En *Demir y Baykara con Turquía* (12 de noviembre de 2008)⁸⁰ los demandantes eran miembros del sindicato de trabajadores municipales, que frente a sus demandas no fue reconocido por los jueces nacionales, negándole validez a su existencia y a las negociaciones colectivas, esto porque los funcionarios públicos están imposibilitados de

⁷⁵ Freixes Sanjuán, Teresa, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 15, 2003.

⁷⁶ Frase extraída de la controversial “*sentencia Sunday times con Reino Unido*”.

⁷⁷ Como ejemplos de vulneración del artículo 10 por parte del estado, entendida como libertad de prensa; Fuentes Bobo v. España en 2000, en que la televisión española despidió a un realizador por haber pronunciado palabras ofensivas contra su empleador; Bergens Tidende v Noruega, en que la prensa denunció a un practicante por sus dudosas diligencias en el ejercicio de sus funciones; Du Roy et Malauri en 2000, en que dos periodistas fueron multados por haber aportado informaciones relativas a una demanda penal con constitución de parte civil infringiendo así obligaciones legales.

⁷⁸ Como por ejemplo en la sentencia Goodwin v. Reino Unido.

⁷⁹ Nos encontramos con el ejemplo de Chorher v. Austria de 1999, en que se multa a un particular por distribuir panfletos políticos en medio de un desfile militar, lo cual no constituye violación del artículo 10.

⁸⁰ Sentencia disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["demir and baykara"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

crear este tipo de organizaciones⁸¹. En sede internacional el debate se centra en determinar si los funcionarios públicos tienen o no el derecho a sindicarse, alegando los demandantes violación al art. 11 del CEDH⁸². El Tribunal estima que existe un consenso sólido respecto del derecho a sindicarse de los trabajadores públicos⁸³, contraviniendo al gobierno turco que lo aplicaba sólo a los trabajadores de derecho común. Declara que ha habido injerencia al art. 11, restricción que está permitida por la ley turca y que busca un fin legítimo⁸⁴. Sin embargo, respecto a si era necesario en una sociedad democrática, los jueces concluyen que no se cumple dicho requisito, añadiendo que frente a este tipo de derechos, los estados europeos cuentan con un restringido margen de apreciación⁸⁵. El juicio de proporcionalidad efectuado por el Tribunal, lo lleva a concluir que el legislador turco no ha respetado el margen de apreciación, vulnerándose el art. 11 del CEDH.

En el caso *Palomo Sánchez y otros con España* (septiembre de 2011)⁸⁶, los demandantes acusan violación a la libertad de reunión y asociación, pues según ellos fueron despedidos por pertenecer al sindicato de la empresa, bajo el pretexto del contenido injurioso y ofensivo de un boletín informativo publicado por dicho sindicato. El Tribunal, sin embargo, realiza una interpretación del artículo 10 a la luz del artículo 11, es decir, analiza primero si hay una violación a la libertad de expresión (por el contenido injurioso y vejatorio del boletín del sindicato en contra de otros trabajadores) y a partir de dicho resultado determinará si afecta o no la libertad del artículo 11 del Convenio. En concreto, en los párrafos 74 y 75 el Tribunal advierte que en las legislaciones comparadas existe un amplio consenso respecto a las libertades del empresario, en caso de infracciones graves de sus trabajadores, en la determinación de las sanciones. En razón de ello, el TEDH, considera que la medida fue proporcional (además de buscar fines legítimos), por ende, el

⁸¹ Véase, para mayor profundización, a Ewing, K. D. Hendy QC. John, “*The dramatic Implications of Demir and Baykara*”, *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, March 2010 © Industrial Law Society.

⁸² “Art. 11: *Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*”. Como sabemos, este artículo admite restricciones previstas en la ley y necesarias en una sociedad democrática, entre otros requisitos, restricciones que en ningún caso deben afectar la esencia misma del derecho a sindicarse (“*These restrictions must not impair the very essence of the right to organise.*” Párrafo 97 de la sentencia.

⁸³ Párrafo 48 y 98 de la sentencia.

⁸⁴ Párrafo 117 y 118 de la sentencia.

⁸⁵ “...*States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision...*” Párrafo 119.

⁸⁶ Sentencia disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106178> .

Estado español en ningún momento habría faltado a sus deberes de protección de los derechos reclamados por las partes. Según propias palabras del Tribunal, la medida (el despido más los fallos internos, negando siempre las pretensiones de los demandantes) no resulta manifiestamente desproporcionada o excesiva⁸⁷.

Como vemos, en este caso, a diferencia del analizado más arriba, el Tribunal opta por abrir el margen por estimar que la violación reclamada por los demandantes no cumple con los estándares mínimos, particularmente, que la decisión de los órganos internos no resulta del todo irrazonable o desproporcionada con el derecho en cuestión. Aquí claramente podemos observar como el TEDH practica la deferencia hacia las autoridades nacionales, reconociendo que éstas están, en principio, mejor situadas que el juez internacional⁸⁸.

Sistematización del margen de apreciación, según los casos estudiados.

Es necesario señalar que Estrasburgo, en todos los casos estudiados *debe* realizar un estudio de derecho comparado; para ello se auxilia tanto en ONG, como en doctrina de Derecho Internacional, y de informes y estudios sobre la materia. Como sabemos, el fundamento de este estudio comparado es saber si existe o no consenso a nivel europeo sobre el asunto debatido. Dicho consenso no debe ser unánime o *aplastante*, sino que se exige más bien “*una posición convergente de la mayoría de los estados parte, en el marco de una interpretación evolutiva y de la lógica del ‘denominado común’ de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales*”⁸⁹. Si sobre la materia existe un consenso más o menos sólido, como en el caso *Marper* o *Gutiérrez Suárez*, el Tribunal hará un riguroso análisis y juicio de proporcionalidad, estableciendo comúnmente que, aunque los estados cuentan con un determinado margen de actuación, en estos casos se ha excedido dicho margen siendo necesario, por ende, un estricto control europeo. El test de proporcionalidad es de suma

⁸⁷ Párrafo 77 de la sentencia. No obstante su resolución, más adelante se consigna el voto particular de cinco magistrados.

⁸⁸ Díaz Crego, María, “*El margen de apreciación*”. Artículo disponible en: <http://goo.gl/J46OR6>.

⁸⁹ Mena Parras, Francisco Javier, “*La sentencia A,B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?*”. Artículo disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl.

importancia pues actúa como límite de los límites⁹⁰ y cimenta el camino para establecer posteriormente los estándares mínimos que deben respetar los estados y los particulares. Si, por el contrario, dicho consenso⁹¹ aún no es alcanzado o parece difuso, Estrasburgo relativiza su juicio de proporcionalidad y admite que la actuación del estado se adecua con el margen de apreciación con el que cuenta el gobierno. Como en los casos de *Sahin* y particularmente en el caso *Lautsi con Italia*, en que el Tribunal acepta expresamente que las restricciones son adecuadas⁹², pues están establecidas por la ley, buscan un fin legítimo y, por último, no resultan desproporcionadas o irrazonables en el contexto de una sociedad democrática⁹³.

Posteriormente, y cuando el Tribunal tenga un panorama claro al respecto, se podría establecer si sobre un caso particular procede un restringido, amplio o cierto margen de apreciación. Aquí, siguiendo a la profesora Janneke Gerards⁹⁴, podemos vislumbrar los efectos de esta doctrina en cuanto a si se amplía o restringe dicho margen; de este modo, si el Tribunal admite un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales, hará generalmente un examen superficial y genérico para determinar si la decisión le parece irrazonable o desproporcionada, realizando además un examen procedimental para establecer que no hubo violación. De este modo, el peso de la prueba cae en el demandante, es decir, éste es quien debe probar ante el Tribunal que el gobierno se ha excedido del margen de apreciación. Por el contrario, si el TEDH sólo admite un restringido margen, hará un riguroso análisis sobre las circunstancias del caso, considerando cuidadosamente

⁹⁰ Freixes Sanjuán, Teresa, “*Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa*”. Artículo disponible en: <http://goo.gl/vIvGCt>.

⁹¹ Como destaca el profesor Manuel Núñez, la determinación del consenso a nivel regional como fundamento de la doctrina del margen de apreciación, es muy criticada por ésta, básicamente porque la constatación del consenso haría poco predecibles las decisiones del órgano supranacional, porque perjudicaría a las minorías o bien porque sería un fundamento para rehusar al control internacional. Vid. Núñez Poblete, Manuel, “*Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. Universidad Católica del Norte, pág. 24 y ss.

⁹² Itzcovich, Giulio, “One, None and One hundred thousand Margin of appreciations; The Lautsi case”. *Human Rights Law Review*, The Author [2013]. Published by Oxford University Press. Advance Access publication 31 January 2013, Páginas 300-305.

⁹³ Ronchi, Paolo, “Crucifixes, Margin of appreciation and consensus: The grand Chamber ruling in *lautsi v Italy*”, *Ecclesiastical Law Society*,(2011), Páginas 292-295.

⁹⁴ Gerards, Janneke, “*Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine*”, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, January 2011. Páginas 105 y ss.

los intereses en juego para luego concluir que ha habido violación a los derechos protegidos por la Convención. En esta situación en la autoridad nacional caerá el peso de la prueba.

Conclusiones

- Esta doctrina, muy respetuosa del pluralismo europeo, corre el riesgo de ser manoseada y sobre-explotada por parte de los estados y sus autoridades, que frecuentemente caen en la tentación de hacer primar el interés general sobre las garantías individuales. Para minimizar dichos riesgos, el Tribunal debe siempre realizar un estudio de derecho comparado en búsqueda del consenso europeo. Quedó demostrado que mientras dicho consenso no sea manifiesto, el Tribunal generalmente no entrará a revisar la conducta del estado y admitirá el margen de apreciación. Ocurre lo contrario en caso que haya un consenso más o menos sólido.
- Como lo destacan los propios jueces del Tribunal, el test de proporcionalidad es quizás el elemento más importante y decisivo de la doctrina del margen de apreciación. Es la otra cara de la moneda de esta doctrina; en los casos donde se permita un cierto margen de apreciación, el test de proporcionalidad queda en segundo plano, mientras que si se concluye que el margen ha sido desbordado, el caso amerita el más riguroso examen de proporcionalidad, tomando como parámetro la *necesidad social imperiosa* de la medida.
- La ponderación de los intereses en juego toma especial relevancia en las limitaciones permitidas por los artículos 8 a 11. En estas áreas, el Tribunal suele aplicar el margen de apreciación, pero su extensión dependerá en gran medida de los intereses en juego. Resultan particularmente sensibles al Tribunal la libertad de expresión y la libertad de reunión, aplicando siempre un riguroso juicio de proporcionalidad. Por otro lado, tratándose de cuestiones religiosas y morales, Estrasburgo admite un amplio margen y decide no entrar al fondo del asunto.
- En los últimos diez años, la doctrina del margen de apreciación ha sido excesivamente mencionada en sus fallos. A pesar de ello, no vemos que ello signifique un abuso o una simple renuncia a su poder de revisión, como sugieren algunos autores. Más bien lo entendemos como una herramienta útil para la interpretación progresiva y evolutiva que debe inspirar al Tribunal en su labor de protector e intérprete del Convenio.
- Finalmente, aunque varios de sus fallos son merecedores de justa críticas, creemos que la doctrina del margen de apreciación implica justamente eso: el Tribunal frente a determinados casos no revisará las medidas nacionales no porque no quiera, sino porque estima su intromisión podría ocasionar más de algún problema y seguramente muchos cuestionarían su aptitud para fallar sobre tales asuntos, que generalmente ocurren lejos, pero muy lejos de Estrasburgo.

Bibliografía

Obras de Doctrina

- Arai-Takahashi, Yutaka, *“The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR”*, Intersentia, 2001.
- Bakircioglu, Onder, *“The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases”*, German Law Journal, Vol. 08, N° 07.
- Barbosa Delgado, Francisco, *“El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión”* Universidad de Externado, Colombia, 2012.
- Barbosa Delgado, Francisco, *“Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”*, Revista Derecho del Estado n° 26, enero-junio de 2011.
- Barbosa Delgado, Francisco R., *“El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”*. Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM.
- Benavides Casals, María Angélica, *“El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”*, Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 15, N° 1.
- Benítez, Fuentes, Mariangel y Schönsteiner, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2011: Algunos avances, retrocesos y desafíos*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2012.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *“Derechos Humanos y Soberanía: Innovación y Tradición en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* capítulo quinto del libro *“Soberanía y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo”*.
- Christoffersen, Jonas, *“Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights”*, International Studies of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Netherland, 2009.
- Díaz Crego, María, *“El margen de apreciación”*.
- Drnas de Clément, Zlata, *“La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de los derechos humanos”*, ‘Nos ad justitiam ese natos’, Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1922-2011), Vol. II.

- Ewing, K. D./ Hendy QC. John, “*The dramatic Implications of Demir and Baykara*”, Industrial Law Journal, Vol. 39, No. 1, March 2010 © Industrial Law Society.
- Fernández, Eusebio, “*El problema del fundamento de los derechos humanos*”, Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- Freixes Sanjuán, Teresa, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, N° 15, 2003.
- Freixes Sanjuán, Teresa, “*Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa*”, Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 11-12, 1995.
- García Roca, Javier, “*La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: Soberanía e integración*” UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm 20, 2007.
- Gerards, Janneke, “*Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine*”, European Law Journal, Vol. 17, No. 1, January 2011.
- Gil-Robles, José María, “*El principio de subsidiariedad en la construcción europea*”, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 2, Valencia, 1993.
- González Fuster, Gloria. “TEDH – Sentencia de 04.12.2008, S. y Marper c. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04 – Artículo 8 CEDH – Vida privada – Injerencia en una sociedad democrática – Los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 33, mayo-agosto 2009, págs. 619-633.
- González Vega, Javier A. Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual. Revista Española de Derecho, Núm. LVI -1, Enero 2004.
- Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, “*Tratado de la Unión Europea y Constitución Europea: El Principio de Subsidiariedad*”,
- Iglesias Vila, Marisa, “*Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH. En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*”.

- Irurzun Montoro, Fernando, “¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2012.
- Itzcovich, Giulio, “One, None and One hundred thousand Margin of appreciations; The Lautsi case”. Human Rights Law Review, The Author [2013]. Published by Oxford University Press. Advance Access publication 31 January 2013.
- Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, Revista Doxa, N° 4, Alicante, 1987.
- Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol., 26, N° 4 (2006).
- López Medina, Aurora María, “Detrás del velo. Prohibiciones respecto a las vestimentas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado 26 (2011).
- Mena Parras, Francisco Javier, “La sentencia A,B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”.
- Ministerio de Justicia Español, “Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Vestidos y Símbolos Religiosos Personales”, Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos.
- Mowbray, Alastair, “A study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of European Court of Human Rights”, Human Rights Law Review, Oxford University Press, pp. 289-317.
- Otaduy, Jorge, “Crónica de Jurisprudencia 2008”, Derecho Eclesiástico Español.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994.
- Porlett, David, MacDonald, Barbara, “International Publications and Protection of the Reputation: A Margin of Appreciation but no Subsistence?”, Alabama Law Review, Vol. 62, N° 3, 2011.
- Ronchi, Paolo, “Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy”, Ecclesiastical Law Journal, Vol. 13, Issue 03, 2011.
- Rubasha, Herbert, “Accommodating diversity: Is the doctrine of margin of appreciation as applied in the European Court of Human Rights relevant in the

African human rights system?” under the supervision of Giles Cistac, Faculty of Law, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Mozambique, 2006.

- Ruiz Miguel, Alfonso, “*Los derechos humanos como derechos morales*”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- Sagüés Néstor, “*Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.*” Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, año 9, núm. 1.
- Serrano Maíllo, Isabel, “*El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles*”.
- Serrano, Sandra, “*Las características de los derechos humanos en el Derecho Internacional*”, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Flasco México.
- Solar Cayón, José Ignacio. Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Localización: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho , ISSN 1138-9877, N°. 15,2007.
- Spielmann, Dean (Judge), “*Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*”, CELS Working Paper Series, University of Cambridge.
- Squella Narducci, Agustín, “*Libertad e igualdad: Las promesas cumplidas e incumplidas de las revoluciones del siglo XVIII*”, Estudios sobre derechos humanos, Edeval, Valparaíso, 1991.
- Squella Narducci, Agustín, “*¿Son los derechos humanos derechos morales? El problema del fundamento de los derechos humanos*”, en Estudios sobre Derechos Humanos, Edeval Valparaíso, 1992.
- Suárez Espino, María Lidia, “*La libertad religiosa y el derecho a llevar el velo islámico en las escuelas desde una perspectiva constitucional*”.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *S. y Marper con Reino Unido* (4 de diciembre de 2008)
- *Fretté con Francia* (febrero de 2002)
- *E.B con Francia* (enero de 2008)
- *Leyla Sahin contra Turquía* (noviembre de 2005)
- *Gutiérrez Suárez con España* (junio de 2010)
- *Otegi Mondragón con España* (marzo de 2011)
- *Janowski v Polonia* (enero de1999)
- *Surek con Turquía* (agosto de1999)
- *Demir y Baykara con Turquía* (noviembre de 2008)
- *Palomo Sánchez y otros con España* (septiembre de 2011)
- *Lautsi con Italia* (noviembre del 2009)
- *Ahmet Arslan y otros con Turquía* (Febrero del 2010)

Sentencias utilizadas en notas a pie de página.

- *Klass con Alemania* (1978)
- *Sunday Times con Reino Unido* (1979)
- *Atala con Chile* (Corte Interamericana de Justicia, 2012)
- *Handyside con Reino Unido* (1976)
- *Fuentes Bobo v. España* (2000)
- *Bergens Tidende v Noruega* (2000)
- *Du Roy v Malauri* (2000)
- *Goodwin v. Reino Unido* (2002)
- *Chorherr v. Austria* (1993)