

**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\*\***

**The limits to the Margin of Appreciation Doctrine at the European Court and the Inter American Court of Human Rights: Judicial Intervention around some Rights of the Ethnical and Cultural Minorities**

SUMARIO

Introducción. I. Margen nacional de apreciación: concepto, origen y naturaleza de la doctrina. II. Margen nacional de apreciación y sus límites: tensión entre el orden internacional y el orden interno. A. Límites intrínsecos. 1. Obligaciones generales y deberes de adaptación de disposiciones de derecho interno. 2. Deberes específicos surgidos de la descripción de los derechos consagrados en los tratados regionales de derechos humanos. B. Límites extrínsecos: intervención internacional mediante el principio de proporcionalidad. 1. Condiciones de su existencia formal del principio de proporcionalidad. a. Existencia de una ley que prevea la injerencia. b. Existencia de una sociedad democrática 2. Condiciones de existencia material del principio de proporcionalidad. a. Existencia de un objetivo idóneo conforme a las convenciones

\* Profesor e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia e investigador asociado-colaborador de la Université de Nantes (Francia), doctor (PhD) en derecho público de la Universidad de Nantes (Francia), magíster en derecho público de la Universidad Externado de Colombia, magíster en historia de la Pontificia Universidad Javeriana, especialización en regulación y gestión de nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, abogado de la Universidad Sergio Arboleda. [francisco.barbosa@uexternado.edu.co]

\*\* Fecha de recepción: 20 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2011.

regionales de protección de los derechos humanos. b. Necesidad de la medida de restricción. c. Existencia de una proporcionalidad en sentido estricto. III. Margen nacional de apreciación y control judicial en cuanto a las minorías étnicas y culturales en América y Europa: libertad de expresión y derecho de propiedad. Consideraciones finales

#### RESUMEN

El margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico de los tribunales regionales de derechos humanos para la interpretación y aplicación de los mismos. Por esta razón, en el presente artículo se pretenderá demostrar si la existencia de los límites al margen nacional de apreciación ha sido útil para la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales.

#### PALABRAS CLAVES

Margen nacional de apreciación, minorías, libertad de expresión, propiedad

#### ABSTRACT

The national margin of appreciation has become a hermeneutic approach of regional human rights courts in interpreting and applying them. For this reason, this article will seek to demonstrate whether the existence of the limits to the national margin of appreciation has been useful for the protection of the rights of ethnic and cultural minorities.

#### KEYWORDS

National margin of appreciation, minorities, freedom of expression, property

#### INTRODUCCIÓN

La doctrina del margen nacional de apreciación<sup>1</sup> se ha constituido en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos

1 Debe indicarse que su utilización en el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha sido restringida. Inicialmente se utilizó en la O-C n.º 4 del 19 de enero de 1984.

humanos (en adelante tribunales regionales) con el fin de interpretar y aplicar las convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH y CEDH). Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal. Sin embargo, este margen de apreciación no puede ser abordado o entendido sin limitación alguna. Sus límites son intrínsecos y extrínsecos. Los primeros surgen a través de las obligaciones adquiridas por los estados al momento de ratificar los tratados de derechos humanos. Los segundos aparecen cuando los derechos son controlados materialmente por los tribunales regionales de protección de derechos humanos en los alcances que éstos les otorgan a los derechos en virtud del principio de proporcionalidad.

Tomando en cuenta lo anterior, en el presente artículo se pretenderá demostrar si la existencia de estos límites al margen nacional de apreciación ha sido útil para la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales. Se limitará el análisis de los derechos de estas minorías al derecho de propiedad y a la libertad de expresión. La razón de esta limitación se fundamenta en que, a nuestro juicio, estos dos derechos sustentan una multiplicidad de decisiones proferidas tanto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como en la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, CIDH). Esta limitación no implica que la protección de otros derechos de las minorías no haya sido conocida por los tribunales. Entre estos se destacan los derechos políticos, el derecho a la intimidad, el derecho de los niños y el derecho a la residencia.

En la primera parte del presente artículo se abordará la noción del margen nacional de apreciación y su origen jurisprudencial. En la segunda parte se presentarán sus límites intrínsecos y extrínsecos y en la tercera parte se formulará un panorama jurisprudencial comparado en torno a la protección del derecho de propiedad y de la libertad de expresión de las minorías étnicas y culturales. Por último, se formularán las consideraciones finales.

#### I. MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN: CONCEPTO, ORIGEN Y NATURALEZA DE LA DOCTRINA

El margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o “criterio”<sup>2</sup> de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido

Con posterioridad, su uso de forma no explícita se ha acrecentado en casos sobre la libertad de expresión y los derechos políticos. Sobre este punto, véase las sentencias de la CIDH, caso *Kimel c. Argentina*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 2 de mayo de 2008 y el caso *Castañeda Guzmán c. Méjico*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 6 de agosto de 2008.

2 J. GARCÍA ROCA. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derecho humanos: soberanía e integración*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 377.

al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de abordar esta noción, se tendrá en cuenta la existencia de dos órdenes: el interno y el internacional<sup>3</sup>. Teniendo en cuenta esto, las profesoras DELMAS-MARTY e IZORCHE indican que el margen conlleva el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos<sup>4</sup>. Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos: uno de carácter interno y otro de carácter externo.

El primero podría ser definido como aquel que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad del Estado en su adaptación. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 2.º de la CADH que indica que los estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país, conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

En cuanto al segundo, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado. Tanto el TEDH como la CIDH, desde una perspectiva externa, se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos surgió

3 Los profesores A. D. OLINDA y C. PICHERAL manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto él como los estados pueden actuar (en “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne des droits de l’homme”, en RTDH, 1995, p. 602).

4 M. DELMAS-MARTY y M-L. IZORCHE. “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit común pluraliste”, en *Revue de droit de McGill* (2001), vol. 46, p. 925.

en el derecho administrativo francés y luego fue utilizada por la TEDH a través de la interpretación del artículo 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público<sup>5</sup>. Después, en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica en el año 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el TEDH recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención”<sup>6</sup>.

Ulteriormente, se profirió el caso *Lawless contra Irlanda*<sup>7</sup>, en el cual la CEDH indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en el año de 1971 cuando el TEDH utiliza por primera vez la expresión “margen nacional de apreciación” en el caso *De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*<sup>8</sup>, en el cual indica que la medida de detención contra grupo de vagabundos no vulneró el artículo 8.2 de la CEDH toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del caso *Handyside contra Reino Unido*, en que por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Posteriormente se profirió el caso *Irlanda contra el Reino Unido*, en el cual el TEDH señaló:

Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación.<sup>9</sup>

A partir de esta última decisión, el TEDH continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación, no solo atándola a las condiciones de suspensión general de los derechos colegidos del artículo 15 de la CEDH, sino en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los estados frente a los derechos.

5 Véase OLINDA y PICAL. “La théorie de la marge d’appréciation...”, cit.

6 TEDH. Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10.

7 TEDH. Caso *Lawless c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

8 TEDH. Caso *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972.

9 TEDH. Caso *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976.

En síntesis, podemos indicar que la ausencia de consenso<sup>10</sup> entre los estados sobre temas sensibles en derechos humanos ha llevado a que el TEDH y la CIDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual son temas en los cuales los tribunales regionales, especialmente el TEDH, han aplicado esa noción. Esta falta de consenso conduce a una paradoja consistente en que por un lado se visualiza un argumento de confianza hacia el Estado en la medida en que éste puede hacer uso de su *imperium* para restringir o suspender un derecho, mientras que en segundo término se plantea un argumento de desconfianza hacia el Estado en la medida en que los tribunales regionales protegen a través de un control estricto los derechos de los individuos.

Ante el panorama establecido, los mismos tribunales regionales a través de su jurisprudencia y las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos han formulado límites para impedir que esta doctrina sea utilizada de forma excesiva por parte de los estados, lo que de suyo implica una suerte de resolución de la paradoja planteada.

Se procederá, entonces, a mostrar los límites intrínsecos y extrínsecos del margen nacional de apreciación. Luego se traerán algunos ejemplos de la jurisprudencia interamericana y europea con los cuales se mostrará cómo las minorías étnicas y culturales son protegidas.

## II. MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN Y SUS LÍMITES: TENSIÓN ENTRE EL ORDEN INTERNACIONAL Y EL ORDEN INTERNO

### A. LÍMITES INTRÍNSECOS

Los límites intrínsecos al margen nacional de apreciación se determinan a través de las obligaciones generales y los deberes de adaptación de las disposiciones estatales cuando se firman y ratifican los tratados y por parte de los condicionamientos percibidos dentro de los derechos consagrados en la CADH y en la CEDH.

10 Sobre este tema, véase M. A. BENAVIDES. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Ius Praxis*, Talca, año 15, n.º 1, 2009, pp. 295-310.

### *1. Obligaciones generales y deberes de adaptación de disposiciones de derecho interno*

Al momento de firmar y ratificar un tratado sobre derechos humanos, los estados se comprometen a respetarlo y garantizarlo. En este caso es importante tener en cuenta que el juez nacional debe acatar las obligaciones supranacionales que se insertan en los tratados al momento de decidir los asuntos que involucran derechos humanos. En el caso europeo, la CEDH no establece de forma expresa las obligaciones a las que someten los estados cuando la ratifican<sup>11</sup>. Sin embargo, de la lectura del artículo 1.º de la CEDH se desprende que los estados deben reconocer a toda persona, independiente de su jurisdicción, los derechos y libertades consagrados en la Convención.

Sobre este punto, la CEDH consideró que la noción “toda persona” implica la protección no solo de los ciudadanos de los estados contratantes, sino de los de cualquier estado. Esta disposición debe ensamblarse con el artículo 17 de la CEDH<sup>12</sup> en la cual se estableció que los estados contratantes no pueden interpretar la Convención de manera que los derechos no sean respetados o imponiendo limitaciones excesivas a ellos.

En el caso interamericano, la CADH fue más precisa en cuanto a la enunciación de sus obligaciones de tal forma que según los artículos 1.1 y 2.º de la CADH los deberes generales asumidos por los estados frente a cada uno de los derechos consagrados en la misma son, por una parte, el de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y, por otra, “adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>13</sup>.

En cuanto al artículo 2.º de la CADH, se establece la obligación de adaptar la legislación interna a las normas de la Convención. Esta obligación no existe expresamente en el sistema europeo. Sobre este punto, las profesoras TIGROUDJA y PANOUSSIS indican que “[...] la Convención Europea de Derechos

11 De todos modos autores como HELENE TRIGROUDJA y IOANNIS PANOUSSIS (en *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruselas, Bruylant, 2003, p. 154) consideran que el artículo 1.º de la CEDH no “simplemente” reconoce los derechos y las garantías contenidos en la CEDH. Esta postura no debe aceptarse porque el hecho mismo de aceptar los derechos y garantías pone de relieve una aceptación de las obligaciones de respeto y de garantía.

12 Para una explicación del artículo 17 de la CEDH, véase, P. LE MIRE. “Article 17”, en L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT. *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Económica, 1995, pp. 511-522.

13 Opinión separada del juez RODOLFO PIZA ESCALANTE, CIDH. “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. Artículos 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, § 23.

Humanos considerado como el texto más protector en materia de protección del individuo, no establece directamente la posibilidad de obligar a un Estado a adoptar los actos necesarios para garantizar la efectividad esa posibilidad de obligar al Estado a adoptar los actos necesarios para garantizar la efectividad de derechos enunciados en el derecho interno”<sup>14</sup>.

En ese sentido, los estados parte de la Convención deben adaptar sus ordenamientos internos a las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Si no lo hacen, estarían en una situación de desarreglo institucional, además de anarquía fáctica, ante la falta de relación entre los hechos y la normatividad. El juez GROSS ESPIELL, indicó que el artículo 2.º de la Convención impone el deber a los estados parte de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los estados parte. Pero dichos estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades<sup>15</sup>.

Frente a este deber de adopción de la legislación interna a las normas internacionales, el profesor HENNEBEL<sup>16</sup> indicó que el carácter de respeto para todos los ciudadanos que se deriva de las obligaciones generales contempladas en la CADH no se opone a la adopción de medidas positivas para un grupo minoritario de la población cuyos derechos se encuentren en desigualdad histórica frente a otro grupo mayoritario<sup>17</sup>. Este tipo de medidas son esenciales para equilibrar una sociedad y hacer efectivo el derecho de igualdad. Casos como las leyes afirmativas a favor de las mujeres, de los indígenas y de los grupos culturales minoritarios son ejemplo de este tipo de medidas que se enmarcan dentro de las obligaciones generales del Estado frente a los derechos humanos. Sobre este punto la CIDH se ha pronunciado de forma extensa, en especial cuando ha abordado la situación de las mujeres y de los pueblos indígenas, en especial la propiedad<sup>18</sup> comunitaria de sus tierras ancestrales<sup>19</sup>.

14 TRIGROUDJA y PANOUSSIS. “La Cour interaméricaine des droits de l’homme: Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse”, cit., p. 171.

15 Opinión separada del juez HÉCTOR GROSS ESPINELL, CIDH. “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. Artículos 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párrafo 7.º.

16 L. HENNEBEL. *La Convention Américaine des droits de l’homme “Mécanismes de protection étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 358-362.

17 Sobre este punto véase G. RAMÍREZ CLEVES. *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p. 66-82.

18 Sobre el derecho de propiedad en el sistema interamericano de derechos humanos, véase el artículo de C. MALWE. “La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l’homme”: *Salvador Chiriboga c. Equateur*, 6 mai, 2008, *Rev Trim, Droits de l’homme*, 78/2009 en [www.rtdh.eu].

19 CIDH. Caso *Pueblo Saramaka c. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007



Teniendo en cuenta lo anterior, las obligaciones generales que asumen los estados al firmar y ratificar la CADH o la CEDH limitan su margen nacional de apreciación impidiendo que puedan aprovechar la falta de consenso entre los diferentes estados parte sobre casos específicos surgidos en derredor de la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

## 2. Deberes específicos surgidos de la descripción de los derechos consagrados en los tratados regionales de derechos humanos

Al comprometerse a respetar la CADH en el caso americano y la CEDH en el ámbito europeo, los estados no solo se encuentran sometidos a unas obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, sino que también deben velar por el respeto de cada uno de los derechos contemplados en los mencionados instrumentos. En ese sentido, los estados deben interpretar y aplicar los derechos según su descripción dentro de los instrumentos regionales de protección. Tan es así que tanto en la CADH como en la CEDH se consagran las condiciones bajo las cuales los estados pueden restringir o suspender los derechos dentro de los instrumentos regionales.

En cuanto a las suspensiones tanto en la CADH como en el CEDH, se encuentran cláusulas limitatorias de los derechos contenidos en esos documentos. En ese sentido, se entiende que el Estado tiene la libertad de suspender los derechos que las normas internacionales les permitan ante la ocurrencia de cualquiera de las causales que de forma conjunta se invocan en los tratados, a saber, guerra, peligro público y atentados contra la seguridad del Estado. Esta suspensión debe ser justificada, por un tiempo establecido, al tiempo que deben acatarse las formalidades que los documentos ratificados establecen<sup>20</sup>.

En la CADH se encuentra el artículo 27<sup>121</sup> que define, por un lado, las condiciones para suspender un derecho consagrado en la Convención y, por

(excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005.

20 Sobre este aspecto, véase *The Limburg principles of the implementation of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1968), UN Document, 2 de octubre, 2000.

21 “Artículo 27. Suspensión de garantías:

”1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

el otro, los derechos que no son susceptibles de suspensión. En tanto que en la CEDH<sup>22</sup> se encuentra el artículo 15<sup>[23]</sup> que también define, por un lado, las condiciones para suspender un derecho consagrado en la Convención y, por otro, los derechos que no son susceptibles de suspensión<sup>24</sup>.

La similitud de las disposiciones *sub examine* tiene relación con las condiciones para la suspensión, a saber, la guerra, el peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, al igual que los requisitos de procedibilidad, es decir, la suspensión limitada *–pro tempore–* y razonable de los derechos, a través de regulaciones que no sean contrarias a las obligaciones adquiridas a partir de la ratificación de los instrumentos internacionales. En ambos casos debe notificarse la suspensión a la

”2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad personal); 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad) y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

”3. Todo estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

22 Sobre la teoría de las circunstancias excepcionales, véase, J. F. RENUCCI. *Traité de droit Européenne de droits de l’homme*, París, LGDJ, 2007, pp. 773-783. E. DECAUX. *Crise de l’Etat de droit, droit de l’Etat de crise*, Bruylant, 1998, pp. 267 y ss. P. DUFFY. “Note sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Droits intangibles et états d’exception*, Bruylant, 1996, p. 193. PINHERO FARINHA. L’article 15 de la Convencion, MEL, WIARDA, CARL HEYMANSS, KG, 1990, p. 521. P. TAVERNIER. “Article 15”, en PETTITI, DECAUX e IMBERT. *La Convention Européenne de droits de l’homme*, cit., pp. 498 y ss.

23 “Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia.

”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 medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

”2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2.º salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a 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.”

24 RENUCCI, por su parte, indicó que el artículo 15 debe comprenderse en el marco de tres condiciones: la primera, la existencia de un peligro público excepcional e inminente implicando una amenaza para la nación; la segunda se fundamenta en que las medidas de suspensión deben tener un carácter de necesidad, es decir, que sean indispensables para enfrentar el peligro; la tercera condición implica que las medidas deben respetar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. RENUCCI. *Traité de droit Européenne de droits de l’homme*, cit., p. 774-777.

secretaría de la organización respectiva: en el caso americano, a la Secretaría General de Estados Americanos (OEA); en el caso europeo, a la Secretaría General del Consejo de Europa.

Ahora bien: en cuanto a la distinción entre las dos disposiciones, debe hacerse hincapié en que ellas difieren en el tipo de derechos susceptibles de suspensión. Por el lado americano, existe un número más amplio de derechos que no pueden ser suspendidos, mientras que en el caso europeo la limitación no es excesiva.

En cuanto a las restricciones indirectas, cada derecho las contiene en su descripción. Así, tanto en el caso europeo como en el americano los derechos, dependiendo de su descripción, derivan un determinado control del juez internacional y, por ende, determinan el mayor o menor nivel de intervención sobre el margen nacional de apreciación. La determinación de intensidad de ese control se enmarca en el tipo de derecho analizado y en su contexto. 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<sup>25</sup>.

Estos límites intrínsecos del margen nacional de apreciación de los estados lleva no solo a una suerte de *self restraint* del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos, sino a la construcción de estándares de protección de derechos humanos por parte de los tribunales regionales de derechos humanos a partir de la limitación estatal en torno a los derechos. Esto lleva a un control internacional que implicará una búsqueda del consenso. En otras palabras, una limitación al margen de apreciación nacional permite a los tribunales regionales de derechos humanos lograr un consenso, con lo cual la acción estatal deja de ser autónoma y se somete a la intervención judicial internacional.

25 Sobre esta manera de establecer el margen nacional de apreciación frente a los derechos económicos, sociales y culturales, el TEDH indicó en el caso *National and Provincial Building Society y otros c. Reino Unido* 23 de octubre del 1997, *Recopilación* 1997-VII, § 80 y con posterioridad el caso *Muñoz Díaz c. España*, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 49 lo siguiente: “[...] Del mismo modo, se deja al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica o social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta en principio la manera en que el Estado concibe los imperativos de la utilidad pública, salvo si su criterio aparece como ‘manifiestamente desprovisto de base razonable’ ”.

B. LÍMITES EXTRÍNSECOS: INTERVENCIÓN INTERNACIONAL  
 MEDIANTE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La utilización de la proporcionalidad como principio de corrección funcional de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos se estructuró para hacer frente a los vacíos interpretativos dejados por otros métodos hermenéuticos como el literal, el sistemático u objetivo, que no dan cuenta de la complejidad interpretativa que surge del estudio de los derechos humanos. Este tipo de interpretaciones cumple un papel preponderante en la interpretación de reglas, pero no cuando se debe interpretar intereses jurídicamente protegidos que subyacen a los derechos. BERNAL considera que “la aplicación de este principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida de los posible, de acuerdo con las posibilidades físicas y jurídicas que jueguen en sentido contrario”<sup>26</sup>. Por su parte, el profesor MUZNY considera que “la proporcionalidad permite de sopesar de manera concreta y detallada los intereses opuestos a fin de determinar la conformidad de sus efectos respectivos frente al objeto perseguido”<sup>27</sup>.

Tanto en el sistema interamericano como en el europeo este principio de proporcionalidad se ha aplicado como punto de contacto entre el control judicial y el margen de apreciación nacional. Por ello, se abordarán las condiciones de existencia formal y material del principio de proporcionalidad.

*1. Condiciones de su existencia formal  
 del principio de proporcionalidad*

*a. Existencia de una ley que prevea la injerencia*

Para las cortes regionales de derechos humanos, el Estado tiene la posibilidad de establecer medidas con el propósito de intervenir el derecho. Este derecho no es ilimitado, por lo que el objetivo debe ser compatible con las mismas convenciones que obligan a los estados a adaptar la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos.

La expresión “leyes” se fundamenta tanto en su origen como en su contenido. En cuanto a su origen, es necesario indicar que debe haber sido expedida a través del parlamento o congreso, según el sistema político existente. Esta

26 C. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 133.

27 P. MUZNY. “Principe de proportionnalité”, en J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, Puf, 2008, p. 811.

adopción debe haber respetado los procedimientos de expedición de este tipo de actos. En cuanto al contenido, deben tomarse en cuenta dos principios: en primer lugar, el principio democrático, consistente en la elaboración de sus normas con plena participación del pueblo, sea de forma directa o indirecta, y, por otro lado, el principio de reserva de ley, consistente en la acción del parlamento o congreso de respetar los límites intrínsecos del derecho fundamental. Para efecto del análisis por parte del juez internacional, es relevante tener en cuenta la opinión del tribunal constitucional de cada estado que controla este tipo de actos en virtud de su carácter contra-mayoritario y fundamenta su decisión en “razones objetivas”<sup>28</sup>.

En la opinión consultiva n.º 6 de 1986, la CIDH determinó esta noción de ley de la siguiente forma: “acto normativo enderezado al bien común, emanado del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder Ejecutivo”. Indicó, así mismo, que la anterior definición “corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del sistema interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”<sup>29</sup>.

Por su lado, el TEDH consideró en el caso *Sunday Times c Reino Unido*<sup>30</sup> que el concepto “leyes” debe interpretarse según el contexto jurídico existente. Puede concluirse, con el profesor COHEN-JONATHAN, que para la CEDH “la ley corresponde a una norma general accesible y previsible, es decir, suficientemente precisa y completa para permitir al ciudadano de adaptar su conducta en causa”<sup>31</sup>. La ausencia de definición ha permitido al tribunal europeo ser flexible al momento de analizar esta condición en el juicio de proporcionalidad, otorgándole un mayor margen de apreciación al Estado.

En síntesis, la noción de ley debe tener un contenido formal y uno material. El formal se deriva de la naturaleza democrática del Estado, lo que implica que la ley sea elaborada conforme a los procedimientos establecidos previamente por la ley o por la Constitución. En cuanto al aspecto material, debe observarse que la ley debe ser realizada para satisfacer la voluntad general y debe respetar los derechos fundamentales consagrados dentro de su carta política y los derechos humanos estatuidos en los instrumentos internacionales. Esta descripción de la ley ha tenido una interpretación más rigurosa en el sistema

28 R. ARANGO. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 122.

29 CIDH, opinión consultiva n.º 6. “Expresión leyes del art. 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos”, 9 de mayo de 1986, par. 35.

30 TEDH. Caso *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia del 29 de abril de 1979, par. 47.

31 G. COHEN-JONATHAN. “Transparence, democratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Protection des droits de l’homme: La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rowl Ryssdal*, Bonn, Carl Hey Manns Verlag KG, p. 258.

interamericano por la fragilidad democrática de la región, mientras que en el continente europeo el TEDH ha sido más laxo, salvo el caso de algunos países de Europa del Este y Turquía.

### *b. Existencia de una sociedad democrática*

Antes de abordar la noción de “sociedad democrática” debe intentarse una definición de democracia. En ese sentido, el Informe “Democracia en América Latina” realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) la definió como “el resultado de una intensa y denodada experiencia social e histórica que se construye día a día en las realizaciones y frustraciones, acciones y omisiones, quehaceres, intercambios y aspiraciones de los ciudadanos, grupos sociales y comunidades que luchan por sus derechos y edifican de forma incesante su vida en común. La democracia implica una forma de concebir al ser humano y garantizar los derechos individuales. En consecuencia, ella contiene un conjunto de principios, reglas e instituciones que organizan las relaciones sociales, los procedimientos para elegir gobiernos y los mecanismos para controlar su ejercicio”<sup>32</sup>.

La expresión “sociedad”, a su vez, se define como un conjunto de individuos que buscan un fin general o particular. Su examen en cuanto al derecho público ha sido producto de múltiples tesis que oponen o yuxtaponen la sociedad con el Estado. Estas tesis<sup>33</sup> no plantean la posibilidad de entender que más allá de establecer la relación entre el Estado y la sociedad como fusional o separatista, debe articularse un diálogo entre ese estado como elemento jurídico esencial y la sociedad, componente del Estado en sus variantes de nación y de población. Para contrarrestar estas posturas teóricas, la forma de establecer el diálogo entre la sociedad y el Estado es la democracia, cuya existencia depende de su aceptación dentro del Estado.

En cuanto a la democracia, ésta debe desarrollarse en un sentido formalista o instrumental y sistémico. A esto debe agregarse la condición sociológica agregada por el TEDH y la CIDH en la cual se indica que la sociedad democrática para existir debe poseer el pluralismo la tolerancia y el espíritu abierto<sup>34</sup>. De forma categórica, el TEDH señaló que “la noción de sociedad democrática [...] domina toda la Convención”<sup>35</sup>.

32 Informe “La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, Alfaguara, 2004, p. 53.

33 Véase ANDRIANTSIMBAZOVINA. “L’Etat et la société démocratique, Libertés, justice, tolérance” en los *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, vol. 1, 2004, pp. 57-78.

34 TEDH. Caso *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt del 7 diciembre de 1976, párr. 49.

35 TEDH. Caso *Lingens c. Autriche*, sentencia del 8 de julio de 1986 párr. 42.

En cuanto al primer tipo de democracia, debe indicarse que su preocupación radica sobre sus aspectos jurídicos y formales. Su objetivo no es otro que sobrevalorar los procedimientos formales de elección, sin tomar en cuenta los aspectos metademocráticos que se sobreponen al simple mecanismo ciudadano de depositar un sufragio en las urnas durante un periodo electoral. Es lo que el PNUD ha denominado “democracia electoral”<sup>36</sup>. En ese camino se encuentra el estudio de PACTET y MELIN, quienes limitan la democracia a una regla formal cuyos componentes son el pluralismo y el principio de las mayorías<sup>37</sup>. Esta forma de la democracia es protegida por el artículo 3.º del protocolo 1 de la CEDH y por el artículo 23 de la CADH.

La segunda, por su parte, plantea un concienzudo análisis de la democracia desde el punto de vista material, es decir no solo sus mecanismos de funcionamiento, sino su concretización práctica. Esta forma de entenderla ha sido respaldada por los profesores JURGEN HABERMAS, BJARNE MELVEVIK y PIERRE ROSANVALLON, quienes coinciden en sus reflexiones, permitiendo o aceptando una postura sistémica del democracia. Para el primero, el proceso democrático implica que los ciudadanos participen de forma activa en la elaboración de las normas sociales, constituyéndose en autores racionales de esas normas, es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa<sup>38</sup>. MELVEVIK, por su parte, considera la democracia como el lugar en donde nos afirmamos recíprocamente como autores de nuestros derechos y, sobre todo, donde realizamos democráticamente el proyecto de un “nosotros jurídico”<sup>39</sup>. Por último, PIERRE ROSANVALLON, considera que la democracia no debe limitarse a la verificación de un procedimiento formal eleccionario, sino que debe ser entendida a través de la apropiación en la cual se distinguen dos aspectos: (1) una política ciudadana de la desconfianza que contrasta con la confianza propia del ejercicio electoral y permite la construcción de una sociedad civil que controle el ejercicio del poder y (2) el funcionamiento de los organismos de democracia indirecta, tales como las cortes constitucionales, autoridades independientes de regulación, entre otras<sup>40</sup>. Estas visiones coincidentes permiten colegir la

36 Informe “La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”, cit., p. 54.

37 P. PACTET y F. MÉLIN- SOUCRAMANIEN. *Droit Constitutionnel*, 27.ª ed., París, Dalloz, 2008, pp. 84-85.

38 J. A. GARCÍA AMADO. *Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 19.

39 BJARNE MELVEVIK. *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 121.

40 P. ROSANVALLON. *La légitimité démocratique; Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, pp. 347-350.

existencia de unos pesos y contrapesos y de una verdadera separación de los poderes que tutela los derechos humanos<sup>41</sup>.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, estas dos formas de democracia se integran mediante la expresión “sociedad democrática”. Para VERONIQUE FABRE-ALIBERT<sup>42</sup> la sociedad democrática, retomando lo señalado por el TEDH<sup>43</sup>, ha sido entendida como un conjunto de tres elementos esenciales: el pluralismo<sup>44</sup>, la tolerancia y el espíritu abierto<sup>45</sup>. Esta autora define el primero como aquel que “[...] supone que sean tomados en cuenta las diferentes tendencias y las corrientes de ideas en una sociedad dada”. Estas posturas se respaldan con algunas decisiones del TEDH que diversifican ese pluralismo al plano educativo, religioso, sindical, electoral, sexual etc.<sup>46</sup>, es decir, el espacio de acción en una sociedad en el cual no solo debe respetarse el derecho de las mayorías, sino también el de las minorías.

FABRE-ALIBERT define el segundo elemento como “la línea de conducta que consiste en dejar vivir al semejante conforme a principios, con los cuales no se está de acuerdo”<sup>47</sup>. Esta definición de tolerancia se articula con la pluralidad, permitiendo que dentro del universalismo de los derechos consagrados en las convenciones regionales sobre derechos humanos se permita la posibilidad de explicar las voces disonantes que existen, respetando las limitaciones intrínsecas e extrínsecas en el margen nacional de apreciación. La tercera condición para la existencia de la sociedad democrática es el espíritu abierto, es decir, la actitud de aceptación que debe existir en una sociedad democrática. Para el TEDH, el espíritu abierto es otro elemento principal dentro de la democracia, categoría que reafirma las postulas liberales que deben existir en el TEDH, sin caer en ningún tipo de fundamentalismo ideológico o religioso.

Las decisiones de las cortes regionales de derechos humanos al mismo tiempo no solo observan las medidas y las confrontan con la existencia de una sociedad democrática, sino que las decisiones judiciales son en sí mismas democráticas, teniendo en cuenta que la acción judicial internacional deviene de la voluntad estatal de firmar y ratificar los convenios respectivos, reconociendo

41 Y. LÉCUYER. “Société démocratique”, en ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, cit., pp. 906-907.

42 V. FABRE-ALIBERT. “La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 1998, pp. 465-496.

43 TEDH. Caso *Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

44 El TEDH consideró que “[...] no hay democracia sin pluralismo”. Véase. Caso *Partido Comunista Unificado de Turquía C. Turquía* del 30 de enero de 1998, p. 43.

45 TEDH. Caso *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia del 26 de abril de 1979.

46 Véase TEDH. Caso *Kokinnakis c. Grecia*, sentencia del 25 de mayo de 1993.

47 FABRE-ALIBERT. “La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, cit., p. 494.



voluntariamente las competencias de la cortes regionales. Esta acción descarta el llamado “gobierno de los jueces”<sup>48</sup> dentro del ámbito internacional.

En síntesis, las cortes regionales de derechos humanos y la doctrina especializada han entendido la democracia como una elaboración sistémica que comporta aspectos formales y materiales. Esto quiere decir que “las elecciones libres no son en sí mismas suficientes y no garantizan los derechos humanos”<sup>49</sup>, sino que es necesario que exista una democracia material en la cual el pluralismo y la tolerancia sean la regla y no la excepción. En sus preámbulos, tanto en la CEDH<sup>50</sup> como en la CADH<sup>51</sup> se exige la existencia de la democracia como elemento esencial para pertenecer a los sistemas de protección de los derechos humanos. En ella, “los sistemas regionales encuentran fundamento de su existencia en la necesaria organización democrática”<sup>52</sup>. La democracia es entendida, entonces, como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y “la libre discusión”<sup>53</sup> como factor esencial de legitimidad.

## *2. Condiciones de existencia material del principio de proporcionalidad*

### *a. Existencia de un objetivo idóneo conforme a las convenciones regionales de protección de los derechos humanos*

La existencia de un objetivo conforme a las convenciones regionales de derechos humanos tiene que ver con que las restricciones al derecho fundamental establecidas busquen uno o varios de los objetivos establecidos en los

48 Sobre este punto, véase el artículo de M. TROPER. “Le pouvoir judiciaire et la démocratie”, en *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruylant, 2004, pp. 1571-1586.

49 T. VAN BOVEN. “Democratie, droits de l’homme et solidarité”, en *Démocratie et droits de l’homme*, Strasbourg, N. P. Engel, 1990, p. 127.

50 En el preámbulo de la CEDH se lee: “Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte en un régimen político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes a los derechos humanos de los cuales dependen”.

51 En el preámbulo de la CADH se lee: “Consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, en [www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm].

52 H. GROSS ESPIELL. “Comisión et Cour Interaméricaines”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettit*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 441.

53 Véase, P. WACHMANN. “Participation, communication, pluralisme”, en *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, AJDA, n.º especial, julio-agosto, 1998, p. 166.

instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Esta postura tiene estrecha relación con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, donde expresa que los tratados deben interpretarse conforme a su objeto y fin. En ese orden de ideas, el objeto y fin de las CEDH y la CADH es la protección de los derechos de las personas.

Estas alusiones tienen relación justamente con el rechazo por parte de la CIDH de las abstracciones utilizadas por parte de los estados para restringir los derechos humanos. Estas medidas de restricción deben justificarse, lo que en muchos casos es difícil para el Estado.

No obstante lo anterior, la acción tanto del TEDH como de la CIDH permite inferir que existe una suerte de presunción de idoneidad de los estados basada en su margen de apreciación. En la mayoría de las ocasiones es aceptado por los tribunales, poniendo mayor énfasis en el elemento necesidad que complementa el análisis en torno al principio de proporcionalidad.

#### *b. Necesidad de la medida de restricción*

La necesidad de las restricciones ha sido uno de los elementos interpretativos y como tal, condición del análisis de proporcionalidad<sup>54</sup> dentro de la acción del TEDH y de la CIDH. Su aplicación en los casos americano y europeo es disímil. Mientras que en el sistema europeo se estudia asociándola a la existencia de una sociedad democrática, en el sistema interamericano no se hace un análisis directo sobre este tema. Solo se parte de la base de que la democracia es un elemento esencial del sistema interamericano, lo que, por ende, es tomado en cuenta por parte de la CIDH para determinar la necesidad de una medida de intervención de un derecho.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia desplegada por parte de las cortes regionales de protección de derechos humanos, debe destacarse que fue el TEDH el encargado de liderar el debate. Es así como este tribunal precisó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una” necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”<sup>55</sup>. Esto quiere decir que la noción de necesidad no se deja al arbitrio del Estado para que en virtud de su margen nacional de apreciación determine su contenido, sino, por el contrario, debe entenderse que no debe el Estado poseer ninguna alternativa de menor gravedad frente al derecho intervenido.

54 Véase, J. P. MARGUENAUD. *La Cour Européenne des droits de l'homme*, 2.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2002, p. 51.

55 TEDH. Caso *Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7 diciembre de 1976, par. 48, y el caso *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia del 29 de abril de 1979, par. 58.

En síntesis, la condición de necesidad dentro del juicio de proporcionalidad obliga al Estado a escoger la medida que busque un objetivo previsto conforme a las convenciones regionales de derechos humanos. Para que la medida sea tomada debe previamente estudiarse todos los medios alternativos de menor impacto frente al derecho restringido que conduzca a cumplir el objetivo trazado por la medida.

### *c. Existencia de una proporcionalidad en sentido estricto*

El juicio estricto de proporcionalidad es el último paso del análisis de la proporcionalidad, luego de analizar la idoneidad y la necesidad como condiciones de control al margen de apreciación del Estado. En este juicio, el TEDH y la CIDH hacen un análisis en torno al grado de afectación y al grado de protección del derecho que se afectó con la medida. En términos del TEDH, este análisis debe determinar “si la medida inculpada es proporcional frente a los objetivos buscados”<sup>56</sup>.

El profesor VAN DROOGHENBROECK indica sobre la utilización de este análisis de la proporcionalidad en sentido estricto que “solo los intereses jurídicamente protegidos pueden ser ponderados. La proposición nos parece inobjetable. Su puesta en marcha no es cosa fácil. Lo prueban las incoherencias relativas observadas en la exclusión de intereses anticonvencionales, así como en las críticas que pueden suscitarse tanto en lógica, como en derecho, la política jurisprudencial que estima como aceptable los hechos cumplidos”<sup>57</sup>.

Tanto el TEDH como la CIDH han hecho uso de esta herramienta hermenéutica en múltiples ocasiones. El TEDH lo ha usado en el caso de la protección de minorías, caso en el cual ha considerado que es necesario establecer este análisis de proporcionalidad realizando una ponderación entre los intereses jurídicamente protegidos que se encuentren en discusión.

De lo anterior se puede concluir que el TEDH y la CIDH utilizan el control estricto de proporcionalidad para determinar si las medidas tomadas por el Estado se encuentran conformes o no con la CEDH y la CADH. Ese análisis permite, como se verá en el siguiente acápite, comprender las limitaciones al margen de apreciación del Estado en cuanto a la determinación de los derechos que pertenecen a las minorías étnicas y culturales.

56 TEDH. Caso *Karaboc y otros c. Turquía*, sentencia del 15 octubre de 2002, párr. 40.

57 S. VAN DROOGHENBROECK. *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruselas, Bruylant, 2001, p. 246.

III. MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN Y CONTROL JUDICIAL  
EN CUANTO A LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y CULTURALES EN AMÉRICA  
Y EUROPA: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD

Aunque no ahondaremos en una conceptualización rigurosa de la noción de minorías, sí es necesario entender desde qué lugar teórico lo abordaremos. Para efecto de esta contribución, las minorías se entenderán como el conjunto de individuos cuya situación se explica por dos razones concomitantes: la primera, su condición de inferioridad numérica; la segunda, su posición no dominante en términos étnicos, religiosos o lingüísticos dentro de la sociedad.

En cuanto a la calificación que se les otorga en esta contribución a las minorías, debe decirse que en el caso de las “étnicas” y “culturales” se hará referencia a los pueblos indígenas o pueblos autóctonos<sup>58</sup> que vehiculan a través de su vida una cultura propia dentro de una comunidad mayoritaria y dominante. En el caso de América Latina, me referiré de forma exclusiva a las pueblos indígenas por cuanto estas minorías han tenido un enorme protagonismo en las decisiones de la CIDH. En el caso europeo haré referencia al pueblo gitano o “rom” y al pueblo minoritario “kurdo” en Turquía.

Como se señaló en la introducción, el análisis jurisprudencial se referirá de forma exclusiva a la violación de la libertad de expresión y del derecho a la propiedad en consonancia con el desconocimiento del principio de no discriminación. Estos dos derechos han sido abordados en ambos sistemas de protección de derechos humanos, sin menoscabo de otros derechos que no serán tratados en este artículo.

En cuanto al sistema interamericano, en el caso *López Álvarez contra Honduras* la CIDH condenó al Estado por impedir la expresión de los indígenas en su lengua natal. El tribunal indicó que “que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”<sup>59</sup>. En esa decisión el tribunal fue incisivo indicando que “tratándose de minorías y grupos indígenas la limitación de uso del idioma de preferencia para expresar informaciones o ideas sería grave”. Para la profesora BURGORGUE LARSEN, esta decisión fue un “paso más dentro de la valoración de la CIDH que puede reivindicar ciertos grupos –esencialmente indígenas– que se diferencian por una cultura

58 Véase el debate sobre la noción, G. NICOLAU. “Minorités et Peuples autochtones”, en ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, cit., p. 689.

59 CIDH. Caso *López Álvarez c. Honduras*, sentencia del 1.º de febrero de 2006, en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm].

y por una lengua”<sup>60</sup>. Después, la CIDH<sup>61</sup> señaló en la opinión consultiva n.º 18 –sin corresponder a la protección de minorías étnicas, sino culturales o nacionales– que los inmigrantes indocumentados deben gozar del derecho de beneficio de un asistente jurídico cuando no conozcan la lengua nacional. Esta obligación se enmarca en el derecho a un debido proceso y a la libertad de expresión.

En ese sentido, las manifestaciones del Estado que desconocen esos discursos ponen en duda el pluralismo que caracteriza a una sociedad democrática. Dentro de las conductas que han sido rechazadas por los tribunales regionales se encuentra el entramado manifiesto de utilizar lenguas minoritarias<sup>62</sup>. Esta acción parte del universalismo que se impone a las comunidades dentro del Estado<sup>63</sup>.

En cuanto al derecho de propiedad, los pueblos indígenas han gozado de una importante protección. Es así como la propiedad para estos pueblos ha sido considerada “[...] como una tradición comunitaria [...] cuya pertenencia no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente dentro de sus propios territorios. [...] Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>64</sup>.

Esta visión se ahondó cuando en el caso *Chitay Nech contra Guatemala*, del 25 de mayo de 2010, la CIDH consideró que las víctimas de un desplazamiento forzado de territorios eran miembros de la comunidad indígena maya, hecho que significó una ruptura con unos “espacios territoriales [...] que constituyen un entramado de relaciones sociales, económicas, culturales y religiosas”<sup>65</sup>. La perito en el caso ROSALINA TUYUC describió esa especial relación con sus

60 L. BURGORGUE LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 578.

61 CIDH, opinión consultiva n.º 18 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17 septiembre del 2003, en [www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm].

62 Véase el debate entre el universalismo y el regionalismo en el tema de los derechos humanos en B. RAJAGOPAL. *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, p. 242, y M. GIUSTI. “Las críticas culturalistas de los derechos humanos”, en *Justicia Global*, derechos humanos y responsabilidad, p. 306.

63 Ver ALAIN FENET. *Le droit et les minorités*, París, Schulte-Tenckhoff, 2002.

64 CIDH. Caso *Saramaka c. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, caso de la *Comunidad Moiwana c. Surinam*, sentencias del 15 de junio de 2005, caso *Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentencia del 26 de marzo de 2006, *Comunidad Yakye Axa c. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, y caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149.

65 CIDH. Caso *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 126.

usos y costumbres de la siguiente manera: “[...] la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya. [...] su principal conexión es la madre tierra. Para la cosmovisión de los pueblos mayas, principalmente está la conexión con la tierra, con el aire, con el agua, con los bosques, y cuando uno está fuera de la comunidad prácticamente no tiene esa conexión energética”<sup>66</sup>. Por último, la CIDH interviene el margen de apreciación nacional indicando que debe protegerse a esa población desplazada con medidas específicas de protección –límites intrínsecos del margen nacional de apreciación– por la condición de vulnerabilidad de esta población, “por las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos, y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación”<sup>67</sup>.

La noción de propiedad desarrollada por la CIDH en relación con los pueblos indígenas se fundamenta en la propiedad colectiva de la tierra y en el establecimiento de un vínculo espiritual con ella. Este alcance que el tribunal interamericano le da al derecho de propiedad de estas minorías étnicas no solo limita el margen de apreciación del Estado, sino que lo obliga a adaptar su legislación para proteger estas poblaciones y aplicar acciones afirmativas en su favor.

En el caso europeo, al igual que en el interamericano, se protege a las poblaciones minoritarias frente a las medidas de discriminación. Empero, los grupos minoritarios no son pueblos indígenas, sino otro tipo de minorías. El TEDH ha condenado a múltiples estados por la violación de derechos de las minorías, consagrados en la CEDH en consonancia con el artículo 14 que consagra el principio de no discriminación.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión, el TEDH en el caso del régimen lingüístico belga de las escuelas condenó a Bélgica por impedir a la comunidad de niños francófonos (wallons) acceder a las escuelas en las cuales el idioma francés se les enseña como lengua materna, lo que generó una discriminación contra esta población atada a la libertad de expresión en su dimensión de acceso a la información. En este caso el Estado belga se vió obligado a crear escuelas bilingües con el propósito de respetar la diversidad cultural dentro de ese estado<sup>68</sup>. Refiriéndose a una minoría cultural los rom, el TEDH se ha pronunciado en dos ocasiones, tomando en consideración la violación al principio de no discriminación y el derecho a la instrucción. El primero fue el caso *DH contra República Checa* del 13 de noviembre de 2007, en el cual se condenó al Estado checo por ubicar a los niños roms en escuelas para enfermos mentales. Recientemente el TEDH profirió la sentencia *Orsus*

66 Ibid., párr. 145.

67 Ibid., párr. 147.

68 TEDH. Caso sobre el régimen lingüístico v. Belgique, sentencia del 23 de julio de 1968.

contra Croacia, del 17 de julio de 2008, en el cual, de igual forma que en el caso checo, se condenó al Estado croata por crear clases especiales para los niños de la comunidad rom.

Otros dos casos en los cuales vale la pena detenerse son *Karatas contra Turquía*<sup>69</sup> y *Ulusoy contra Turquía*<sup>70</sup>. En ambos se condenó al Estado turco por haber condenado al escritor Karatas por escribir un libro de poemas glorificando la resistencia kurda y en el otro por impedir la representación de una obra de teatro en lengua kurda.

Estas decisiones del TEDH deben ser vistas en conjunto con unas pocas decisiones en las cuales otros derechos fueron analizados en concordancia con el principio de no discriminación<sup>71</sup>. Como lo recuerda el profesor TAVERNIER, “es cierto que uno puede mencionar una lista impresionante de fallos donde el TEDH aborda problemas relativos a las minorías, sin embargo el TEDH se mantiene prudente y tiende a resolver esos problemas sin apoyarse expresamente en la problemática minoritaria, lo que disminuye el interés de las decisiones jurisprudenciales”<sup>72</sup>.

En cuanto al otorgamiento de una pensión de viudedad a una mujer de la etnia rom, el TEDH en el emblemático caso *Muñoz Díaz contra España* condenó a ese estado por violación del artículo 14 en concordancia con el artículo 1.º del Protocolo 1, al negarle a esta mujer la pensión de viudedad por no haber demostrado el matrimonio civil o canónico de acuerdo con el derecho español. En el *cas d’espèce*, la peticionaria demostró que ella contrajo matrimonio según sus ritos gitanos, hecho insuficiente, según la restrictiva visión judicial, para el otorgamiento de la pensión.

El TEDH consideró que “en estos casos los estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar en qué medida unas diferencias entre ciertas situaciones análogas justifican distinciones de trato. La extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro

69 TEDH. Caso *Karatas c. Turquie*, sentencia del 8 de julio de 1999.

70 TEDH. Caso *Ulusoy et al c. Turquie*, sentencia del 3 de mayo del 2007.

71 Sin abordar la libertad de expresión de las minorías, la TEDH se ha pronunciado sobre protección a estos grupos pero frente a otros derechos. Entre las decisiones se destacan las sentencias de la TEDH en los casos *Chapman c. Royaume Uni*, del 18 de enero del 2001, en el cual se reconoció que la vida en caravanas es parte de la forma de vida de los Roms. Empero, el tribunal europeo no profundizó sobre el principio de la no discriminación. Una última decisión que aborda el tema de minorías es el caso *Stoica c. Roumanie*, sentencia del 4 de marzo 2008, en el cual se condenó al Estado por tratar de forma inhumana a un ciudadano rom. Esta decisión confirma la línea de jurisprudencia establecida a través del caso *Natchova et autres c. Bulgarie*, sentencia del 6 de julio de 2005 en el cual se obliga al estado a proteger de forma superior a las minorías étnicas.

72 P. TAVERNIER. “Quelques réflexions sur la protection des minorités par la CEDH”, en *Un droit pour des hommes libres: Études en l’honneur du professeur Alain Fenet*, París, Lexis/Nexis, 2008, p. 256.

que trate de manera diferente para corregir ‘desigualdades de hecho’ entre ellas; de hecho, en ciertas circunstancias, la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad es la que puede, sin justificación objetiva y razonable, comportar violación de la disposición en cuestión”<sup>73</sup>.

El TEDH continuó indicando que frente a la protección de las minorías “ya se ha alcanzado un consenso internacional en el seno de los estados contratantes del Consejo de Europa en orden a reconocer las necesidades concretas de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad, y su modo de vida (véase el párrafo 33 anterior, concretamente el Convenio-marco para la protección de las minorías), no solo con la finalidad de proteger los intereses de las minorías mismas sino también para preservar la diversidad cultural que es beneficiosa a la sociedad en su conjunto”<sup>74</sup>.

De lo observado se puede concluir que tanto en América Latina como en Europa las minorías étnicas y culturales han sido objeto de protección por parte de los tribunales regionales de derechos humanos. En el caso latinoamericano, la protección se ha referido a los derechos de propiedad, libertad de expresión, circulación, todos ellos atados al principio de igualdad. En el caso europeo, el TEDH ha sido reticente en aplicar de forma sistemática esta protección, pero de su jurisprudencia se colige la protección de derechos de propiedad –prestaciones sociales–, derecho a la intimidad y la libertad de expresión, entre otros. Esta protección se ha dirigido hacia la población rom y kurda.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Los límites al margen nacional de apreciación les permiten a los tribunales regionales de derechos humanos proteger a las minorías étnicas y religiosas contra la constatada discriminación interna o contra la violación de los derechos a la libertad de expresión y a la propiedad. En igual sentido, los límites a ese margen permiten construir un consenso en torno a la protección de minorías dentro de un estado determinado y “adaptar los ordenamientos internos a estándares internacionales”<sup>75</sup>. Esto quiere decir que formulando estándares comunes de protección o estableciendo consensos interpretativos se protegen diversidades nacionales que en muchas ocasiones quedan por fuera de una pretendida universalidad.

El presente artículo respondió la pregunta formulada en la parte introductoria en la medida en que los límites intrínsecos y extrínsecos al margen

73 TEDH. Caso *Muñoz Díaz c. España*, sentencia del 17 de noviembre de 2009, § 48.

74 *Ibid.*, § 48.

75 P. A. ACOSTA. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 133.



nacional de apreciación reequilibran los derechos de las minorías étnicas y culturales frente a los grupos mayoritarios.

La acción de la CEDH frente a esta doctrina ha sido mucho más enjundiosa por la diversidad estatal del Consejo de Europa (47 países), lo que ha hecho que su elaboración genere muchas más reflexiones. En el sistema interamericano su intervención ha sido muy limitada por el número de decisiones y por el consenso encontrado en el continente. Tanto en el caso de la libertad de expresión como en el del derecho a la propiedad, la CIDH ha puesto a prueba la doctrina en virtud de la utilización del principio de proporcionalidad. La protección a las minorías étnicas en América latina es fruto de la construcción de consenso creado por el juez interamericano en torno a la protección de la diversidad en nuestro continente. Una afirmación que no deja de ser paradójica en la medida en que la construcción de consensos universalistas ha permitido la protección de realidades diversas y profundamente particulares.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, P. A. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. “L’Etat et la société démocratique, Libertés, justice, tolérance” en los *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, vol. 1, 2004.
- ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BENAVIDES, M. A. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Ius Praxis*, Talca, año 15, n.º 1, 2009.
- BERNAL PULIDO, C. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BOVEN, T. VAN. “Democratie, droits de l’homme et solidarité”, en *Démocratie et droits de l’homme*, Strasbourg, N. P. Engel, 1990.
- BURGORGUE LARSEN, L. y A.ÚBEDA DE TORRES. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- COHEN-JONATHAN, G. “Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Protection des droits de l’homme: La perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Røvl Ryssdal*, Bonn, Carl Hey Manns Verlag KG.
- DECAUX, E. *Crise de l’Etat de droit, droit de l’État de crise*, Bruylant, 1998.

- DELMAS-MARTY, M. y M-L. IZORCHE. “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit común pluraliste”, en *Revue de droit de McGill* (2001), vol. 46.
- DROOGHENBROECK, S. VAN. *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruselas, Bruylant, 2001.
- DUFFY, P. “Note sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Droits intangibles et états d’exception*, Bruylant, 1996.
- FABRE-ALIBERT, V. “La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 1998.
- FENET, A. *Le droit et les minorités*, París, Schulte-Tenckhoff, 2002.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derecho humanos: soberanía e integración*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- GROSS ESPIELL, H. “Comisión et Cour Interaméricaines”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998.
- HENNEBEL, L. *La Convention Américaine des droits de l’homme “Mécanismes de protection étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant.
- LÉCUYER, Y. “Société démocratique”, en J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, Puf, 2008.
- LE MIRE, P. “Article 17”, en L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT. *La Convention Européenne des droits de l’homme*, Económica, 1995.
- MALWE, C. “La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l’homme”: *Salvador Chiriboga c. Equateur*, 6 mai, 2008, *Rev Trim, Droits de l’homme*, 78/2009 en [www.rtdh.eu].
- MARGUENAUD, J. P. *La Cour Européenne des droits de l’homme*, 2.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2002.
- MELVEVIK, B. *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MUZNY, P. “Principe de proportionnalité”, en J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, Puf, 2008.
- NICOLAU, G. “Minorités et Peuples autochtones”, en J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et ál. *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, Puf, 2008.

- OLINDA, A. D. y C. PICHERAL. “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne des droits de l’homme”, en RTDH, 1995.
- PACTET, P. y F. MÉLIN- SOUCRAMANIEN. *Droit Constitutionnel*, 27.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2008.
- RAJAGOPAL, B. *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, Bogotá, ILSA, 2005.
- RAMÍREZ CLEVES, G. *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Bogotá, Universidad Externado, 200.
- RENUCCI, J. F. *Traité de droit Européenne de droits de l’homme*, París, LGDJ, 2007.
- ROSANVALLON, P. *La légitimité démocratique; Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.
- TAVERNIER, P. “Article 15”, en L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT. *La Convention Européenne des droits de l’homme*, Económica, 1995.
- TAVERNIER, P. “Quelques réflexions sur la protection des minorités par la CEDH”, en *Un droit pour des hommes libres: Études en l’honneur du professeur Alain Fenet*, París, Lexis/Nexis, 2008.
- TRIGROUDJA, HELENE y IOANNIS PANOUSSIS. *La Cour interaméricaine des droits de l’homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruselas, Bruylant, 2003.
- TROPER, M. “Le pouvoir judiciaire et la démocratie” en *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- WACHMANN, P. “Participation, communication, pluralisme”, en *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, AJDA, n.º especial, julio-agosto, 1998.

## JURISPRUDENCIA

### *De la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

#### *a. Contenciosa*

- CIDH. Caso *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- CIDH. Caso *Pueblo Saramaka c. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- CIDH. Caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005.

CIDH. Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

CIDH. Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

CIDH. Caso *López Álvarez c. Honduras*, sentencia del 1.º de febrero de 2006, en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm].

### *b. Opiniones consultivas*

CIDH. Opinión consultiva n.º 18: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17 septiembre del 2003 , en [www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm].

CIDH. Opinión consultiva de RODOLFO PIZA ESCALANTE: “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. Artículos 14.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-7/86 del 29 del agosto de 1986.

CIDH. Opinión consultiva n.º 6: “Expresión leyes del art. 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos”, 9 de mayo de 1986.

### *Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

TEDH. Caso *Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7 diciembre de 1976.

TEDH. Caso *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia del 29 de abril de 1979.

TEDH. Caso *Karaboc y otros c. Turquía*, sentencia del 15 octubre de 2002.

TEDH. Caso *Partido Comunista Unificado de Turquía C. Turquía* del 30 de enero de 1998.

TEDH. Caso *Kokinnakis c. Grecia*, sentencia del 25 de mayo de 1993.

TEDH. Caso *Lingens c. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986.

TEDH. Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968.

TEDH. Caso *Lawless c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

TEDH. Caso *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972.

TEDH. Caso *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976.

TEDH. Caso *Karatas c. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999.

TEDH. Caso *Ulusoy et al c. Turquie*, sentencia del 3 de mayo del 2007.

TEDH. Caso *Muñoz Díaz c. España*, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

### *Informes y documentos internacionales*

*The Limburg principles of the implementation of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1968), UN Document, 2 October, 2000.

Informe “La democracia en América Latina”. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, Alfaguara, 2004.