
El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista*

The Margin of Appreciation in the Case-Law of the Regional Human Rights Courts: a consensualist Approach

RECIBIDO EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013 / ACEPTADO EL 9 DE OCTUBRE DE 2013

Francisco José PASCUAL VIVES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Alcalá
f.pascualvives@uah.es

Resumen: El trabajo examina la noción del margen de apreciación nacional utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva consensualista, basada en el Derecho internacional público. El margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación depende de diversos factores intrínsecos y extrínsecos. El consenso representa uno de esos elementos de carácter extrínseco y tiene un efecto integrador en la jurisprudencia regional de derechos humanos. En efecto, el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa y América va acompañado de un consenso entre los Estados partes de ambos subsistemas regionales de derechos humanos. Sin ese necesario *consensus generalis*, que los tribunales regionales de derechos humanos constatan a través de la práctica de los Estados, la interpretación evolutiva se hace más compleja y la jurisprudencia regional de derechos humanos se torna más deferente con la soberanía estatal. El consenso, por tanto, constituye una noción que permite explicar, desde el Derecho internacional público, la aplicación del margen de apreciación nacional por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; margen de apreciación nacional; interpretación evolutiva; consenso; subsistemas regionales de Derecho internacional.

Abstract: The paper examines the concept of margin of appreciation invoked by the European Court of Human Rights and the Interamerican Court of Human Rights, from a consensualist approach based on Public international Law. The margin of appreciation is an indeterminate legal concept whose application depends on several intrinsic and extrinsic factors. In this context, the consensus, one of these extrinsic factors, produces an integrating effect on the regional human rights jurisprudence. The development of fundamental rights in Europe and America is accompanied by a consensus between States parties to both regional subsystems. Without the necessary *consensus generalis*, which is confirmed through State practice, the evolutive interpretation of the human rights treaties becomes more complex and regional human rights case-law turns out to be more deferential towards State sovereignty. The consensus allows to explain, from Public international Law, the application of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights and the Interamerican Court of Human Rights.

Key words: European Court of Human Rights, Interamerican Court of Human Rights, margin of appreciation, evolutive interpretation, consensus, regional subsystems of international Law.

* La presente investigación se enmarca dentro del Proyecto «Paz y Seguridad en el Mediterráneo: Análisis jurídico desde una perspectiva española (II)» (Ref. DER2012-39061-CO2-02), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: 1. El margen de apreciación nacional como un concepto jurídico indeterminado. 2. La invocación del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia internacional: A) Ámbito universal: la Corte Internacional de Justicia. B) Ámbito regional europeo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. La noción del margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos. III. LAS CIRCUNSTANCIAS DE CARÁCTER INTRÍNSECO QUE CONDICIONAN LA APLICACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: 1. El alcance y la naturaleza jurídica de la obligación establecida convencionalmente. 2. La dimensión pública o privada de los intereses en presencia. IV. EL CONSENSO COMO CIRCUNSTANCIA DE CARÁCTER EXTRÍNSECO QUE CONDICIONA LA APLICACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: 1. El margen de apreciación nacional a la luz de una concepción consensualista del ordenamiento jurídico internacional. 2. La dimensión material del consenso como elemento vertebrador de la jurisprudencia regional de derechos humanos: A) Margen de apreciación nacional y *consensus generalis*. B) Margen de apreciación nacional y ausencia de *consensus generalis*. 3. La dimensión formal del consenso como elemento integrador de la jurisprudencia regional de derechos humanos. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia dictada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte Interamericana) ha servido para consolidar sendos subsistemas regionales de derechos humanos en Europa y América. Ambos tribunales utilizan una técnica de interpretación evolutiva¹, sometiéndose a la práctica iusinternacionalista del consenso, para desarrollar los derechos consagrados en los dos tratados regionales de derechos humanos cuya observancia garantizan, respectivamente, el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)² y la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)³. Sin embargo, en otras ocasiones aquellos órganos judiciales adop-

¹ En la doctrina, por orden de publicación: véanse GOLSONG, H., «Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en MACDONALD, R.St.J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 147-162; RIGAUX, F., «Interprétation consensuelle et interprétation évolutive», en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 41-62; BERNHARDT, R., «Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights», *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), pp. 11-26; GONZÁLEZ VEGA, J.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 Internacional*, vol. LVI, núm. 1 (2004), pp. 164-184; y DISTEFANO, G., «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 115, núm. 2 (2011), pp. 373-396.

² BOE de 10 de octubre de 1979.

³ Organización de Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 36.

tan decisiones deferentes con la soberanía estatal cuando revisan el cumplimiento que los Estados partes hacen de las obligaciones convencionales, al calor de un concepto jurídico indeterminado de construcción pretoriana: el margen de apreciación nacional.

El presente trabajo examina la noción del margen de apreciación nacional, a la luz de una concepción consensualista del Derecho internacional (DI) público⁴, con el propósito de comprender la función que desempeña este concepto jurídico indeterminado en los subsistemas regionales de derechos humanos. Para realizar este análisis se estudia la jurisprudencia dictada por el TEDH y la CIDH; quienes invocan el margen de apreciación nacional para limitar el alcance de los distintos derechos reconocidos convencionalmente⁵.

El recurso a este concepto por parte de la jurisprudencia regional de derechos humanos no está exento de críticas⁶, a resultas del escaso desarrollo teórico que ha experimentado. En este contexto, desde el plano del DI público, la noción del consenso puede contribuir a superar tales críticas, ayudando a comprender el funcionamiento de estos órganos judiciales de ámbito regional que, en definitiva, constituyen tribunales internacionales creados en el seno de la estructura institucional del sistema internacional.

Por lo que se refiere a la estructura del trabajo, en la sección II se indaga sobre la incorporación y el ámbito de aplicación material de la noción del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia regional de derechos huma-

⁴ Consideramos que la naturaleza internacional de los tratados regionales de derechos humanos y de los tribunales encargados de aplicarlos constituye un factor decisivo para dar respuesta a los problemas que suscita la utilización de la noción del margen de apreciación nacional. Ello no obsta para que este análisis pueda realizarse desde otras perspectivas más teóricas, pero menos sensibles con el estado actual de cosas en la práctica internacional: confróntese LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 9 y 35.

⁵ Varios trabajos doctrinales han estudiado de manera exhaustiva la jurisprudencia sobre el margen de apreciación nacional, por orden de publicación: véanse BREMS, É., «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 56 (1996), pp. 240-314; YOURROW, H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights*, La Haya, Kluwer, 1996; el conjunto de contribuciones realizadas por Paul Mahoney, Johan Callewaert, Clare Ovey y Soren Prebensen; publicadas en *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1 (1998); GREER, S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2000; y ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes, Intersentia, 2002.

⁶ Véanse *infra*, las notas 16-17.

nos. En la sección III se examinan las circunstancias de carácter intrínseco que disciplinan la utilización del margen de apreciación nacional. En la sección IV se analiza el consenso, una circunstancia de carácter extrínseco que puede influir decisivamente en la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional. Por último, en la sección V se recogen varias consideraciones finales sobre la aplicación del margen de apreciación nacional en los subsistemas regionales de derechos humanos europeo y americano.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

En la presente sección se indaga sobre el alcance de la noción del margen de apreciación nacional, esto es, acerca de su ámbito de aplicación en la jurisprudencia internacional y regional⁷.

1. *El margen de apreciación nacional como un concepto jurídico indeterminado*

En el marco de un litigio de carácter interestatal, *Grecia c. Reino Unido*⁸, la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) invocó la noción del

⁷ En este trabajo no se estudia la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional en el contexto del Artículo 15 del Convenio de Roma, ni tampoco del Artículo 27 del Pacto de San José, a tenor del supuesto de hecho tan excepcional que prevén ambos preceptos, un caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. Por orden de publicación: véanse HIGGINS, R., «Derogations under Human Rights Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 48 (1976-1977), pp. 281-320; BATES, E., «A Public Emergency Threatening the Life of the Nation? The United Kingdom's Derogation from the European Convention on Human Rights of 18 December 2001 and the *A Case*», *British Yearbook of International Law*, vol. 76 (2005), pp. 245-335; y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., «La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)», en GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 697-716. En todo caso, en la jurisprudencia europea y americana: véanse *Lawless v. Ireland* (nº 3), 1 July 1961, § 28, Series A, nº 3; *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), *Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A*, nº 2, párr. 61; *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A*, nº 8, párr. 24; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A*, nº 9, párr. 21.

⁸ La CEDH señaló que «It was a matter of course that the Government concerned was in a better position than the Commission to know all relevant facts and to weight in each case the different possible lines of action for the purpose of countering an existing threat to the life of the nation. *Without going as far as to recognise a presumption in favor of the necessity of measures taken by*

margen de apreciación nacional por vez primera en el año 1958 con el objeto de examinar la compatibilidad con el Artículo 15 del Convenio de Roma de ciertas medidas restrictivas de los derechos fundamentales adoptadas en Chipre. Ya en la década de los setenta el TEDH empleó el margen de apreciación nacional en *Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, al examinar una legislación belga destinada a combatir y suprimir la mendicidad que permitía la intervención de las comunicaciones postales durante el periodo de detención, en el contexto del derecho a la vida privada reconocido en el Artículo 8 del Convenio de Roma⁹; en *Handyside c. Reino Unido*, al evaluar las medidas restrictivas impuestas sobre una publicación a la luz del Artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio de Roma¹⁰; y, también en el contexto de otro litigio interestatal, *Irlanda c. Reino Unido*, donde se dirimía la aplicación del Artículo 15 del Convenio de Roma¹¹.

*the Government, the Commission was of the opinion, nevertheless, that a certain margin of appreciation must be conceded to the Government. (...) Nevertheless, having regard to the very serious situation which prevailed in Cyprus, the Commission considered that those doubts were not sufficient to negative its general conclusion that the Government of the United Kingdom in introducing and applying the Detention of Persons Law had not gone beyond the proper limits of a government's appreciation of what was strictly required by the exigences of a situation»: véase *Greece v. United Kingdom*, núm. 176/56, vol. II, Report of 26 September 1958, párr. 318 (cursiva añadida).*

- ⁹ En este caso el TEDH empleó el concepto «power of appreciation» y no «margin of appreciation» al analizar las medidas controvertidas: véase *Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) v. Belgium*, 18 June 1971, § 93, Series A, n° 12.
- ¹⁰ El TEDH prescribió que como consecuencia de su «direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 para. 2 (...), is not synonymous with 'indispensable' (...), neither has it the flexibility of such expressions as 'admissible', 'ordinary' (...), 'useful' (...), 'reasonable' (...) or 'desirable'. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of 'necessity' in this context. Consequently, Article 10 para. 2 (...) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ('prescribed by law') and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force (...)»: véase *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A, n° 24 (cursiva añadida).
- ¹¹ Afirmó el TEDH que «It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. *By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it.* In this matter Article 15 para. 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation»: véase *Ireland v. United Kingdom*, 18 January 1978, § 207, Series A, n° 25 (cursiva añadida).

En el ámbito interamericano se admitió este concepto en los años ochenta, al pronunciarse la CIDH sobre las reformas constitucionales establecidas por Costa Rica a propósito de la adquisición de la nacionalidad por naturalización¹². Su desarrollo en la jurisprudencia americana, en cambio, ha sido menos prolífico, debido a que los primeros casos sustanciados ante la Corte Interamericana planteaban fundamentalmente situaciones relacionadas con el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y el ejercicio de la libertad personal; unos derechos que orbitan en torno al núcleo duro del DI de los derechos humanos y que, como se estudia *infra*, se encuentran más alejados del ámbito de aplicación de la noción del margen de apreciación nacional¹³.

A partir de los citados precedentes la noción del margen de apreciación nacional ha venido extendiéndose de manera progresiva¹⁴, hasta el punto de que, como se ha afirmado por algún antiguo miembro del propio Tribunal de Estraburgo, se encuentra «at the heart of virtually all major cases that come before the Court»¹⁵. Su aplicación por la jurisprudencia europea, aunque fecunda, ha sido objeto de críticas planteadas no sólo por la doctrina¹⁶, sino

¹² La CIDH manifestó que «Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso. (L)a Corte reitera (que) a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente»: véase *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4*, párrs. 58-59 (cursiva añadida).

¹³ LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, C.S., pp. 4-5.

¹⁴ Por orden de publicación: véanse FEINGOLD, C.S., «The Doctrine of the Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights», *Nôtre Dame Law Review*, vol. 53 (1977-1978), pp. 90-106; YOURROW, H.C., «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of International Law*, núm. 3 (1987), p. 111; y MACDONALD, R.St.J., «The Margin of Appreciation», en MACDONALD, R.St.J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.), *The European System...*, *op. cit.*, pp. 83-124.

¹⁵ MACDONALD, R.St.J., «The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en VV.AA., *International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of Roberto Ago*, t. III, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 186-208, p. 208.

¹⁶ Por orden de publicación: confróntense BENVENISTI, E., «Margin of Appreciation», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1998-1999), pp. 843-854; HUTCHINSON, M.R., «The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 638-650, p. 649; y BRAUCH, J.A., «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Columbia Journal of European Law*, vol. 11 (2004-2005), pp. 113-150, p. 125.

también por algunos jueces desde Estrasburgo¹⁷. Al calor de las decisiones del TEDH y la CIDH es posible concluir que la preservación del principio de subsidiariedad¹⁸ representa uno de los objetivos esenciales perseguidos al invocar este concepto¹⁹. Se pueden sistematizar los ámbitos materiales donde se aplica esta noción; ahora bien resulta mucho más complejo identificar su naturaleza jurídica, al no haber sido definida expresamente por estos órganos judiciales²⁰ y presentar un carácter polisémico²¹.

¹⁷ Merece la pena recoger, a modo de ejemplo, las contundentes palabras del Juez De Meyer en su Opinión disidente parcial en *Z c. Finlandia*, donde manifestó que «the Court once again relies on the national authorities' margin of appreciation'. I believe that it is high time for the Court to banish that concept from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies. It is possible to envisage a margin of appreciation in certain domains. (...) But where human rights are concerned, there is no room for a margin of appreciation which would enable the States to decide what is acceptable and what is not. On that subject the boundary not to be overstepped must be as clear and precise as possible. It is for the Court, not each State individually, to decide that issue, and the Court's views must apply to everyone within the jurisdiction of each State. The empty phrases concerning the State's margin of appreciation –repeated in the Court's judgments for too long already– are unnecessary circumlocutions, serving only to indicate abstrusely that the States may do anything the Court does not consider incompatible with human rights. Such terminology, as wrong in principle as it is pointless in practice, should be abandoned without delay»: véase *Z v. Finland*, núm. 22009/93, TEDH 1997.

¹⁸ Principio que constituye una de las claves de bóveda del DI de los derechos humanos: véanse CAROZZA, P.G., «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 97, núm. 1 (2003), pp. 38-79; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, Dilex, 2007, pp. 65-96, p. 76; PASTOR RIDRUEJO, J.A., «La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VIII/IX (2004/2005), pp. 29-50, pp. 39-40; y PETZOLD, H., «The Convention and the Principle of Subsidiarity», en MACDONALD, R.St.J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.), *The European System...*, op. cit., pp. 41-62, pp. 55-59.

¹⁹ Sin llegar a emplear el concepto de margen de apreciación nacional, señaló el TEDH que «the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention»: véase *Certain aspects of the laws on the use of languages in education v. Belgium*, 23 July 1968, § 10, Series A, n° 8 (cursiva añadida). En el mismo sentido: véase *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4*, párrs. 58-59.

²⁰ La doctrina, ante la ausencia de una definición jurisprudencial del margen de apreciación nacional, trata de definirlo cada vez que estudia su aplicación en la jurisprudencia regional de derechos humanos: véase TULKENS, F.; DONNAY, L., «L'usage de la marge d'appréciation pour la Cour européenne des droits de l'homme: Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 1 (2006), pp. 3-23, pp. 5-6.

²¹ CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 236-240.

La jurisprudencia regional de derechos humanos, además, se refiere al mismo utilizando fórmulas que revelan su carácter indeterminado y emplea en ciertas ocasiones la expresión «a certain margin of appreciation»²², mientras que en otras simplemente «a margin of appreciation»²³. Incluso se ha afirmado que existe cierta inflación en su utilización por parte de los tribunales regionales de derechos humanos, esto es, no son pocos los casos donde se menciona en la sentencia simplemente como argumento de ambiente o atmósfera, sin llegar a cumplir un papel decisivo en la motivación del fallo²⁴.

Al invocar el margen de apreciación nacional, con carácter general, el operador jurídico se muestra deferente con la posición mantenida por el Estado respecto a los límites que pueden imponerse a un derecho fundamental bajo unas circunstancias determinadas, atendiendo al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil. En este orden de cosas, conviene recordar la fórmula empleada por el entonces Presidente de la CEDH –H. Waldock²⁵– para apelar a esta noción en su intervención oral ante el Tribunal de Estrasburgo con ocasión de *Lawless c. Irlanda*:

«The concept of the margin of appreciation is that a government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest; and that, once the Commission or the Court is satisfied that the Government's appreciation is at least on the margin of the powers conferred by Article 15, then the interest which the public itself has in effective government and in the maintenance of order justifies and requires a decision in favour of the legality of the Government's appreciation»²⁶.

²² *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], núm. 28955/06, núm. 28957/06, núm. 28959/06 y núm. 28964/06, § 50; TEDH 2011; *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], núm. 16354/06, § 50, TEDH 2012; *Aksu v. Turkey* [GC], núm. 4149/04 y núm. 41029/04, § 65, TEDH 2012; y *Fabris v. France* [GC], núm. 16574/08, § 56, TEDH 2013.

²³ *Brosset-Triboulet and Others v. France*, núm. 34078/02, § 86, TEDH 2010; *Tanase v. Moldova* [GC], núm. 7/08, § 161, TEDH 2010; *Paksas v. Lithuania* [GC], núm. 34932/04, § 96, TEDH 2011; y *Creanga v. Romania* [GC], núm. 29226/03, § 81, TEDH 2012.

²⁴ KRATOCHVÍL, J., «The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 3 (2011), pp. 324-357, p. 339.

²⁵ Humphrey Waldock, además de Presidente de la CEDH, fue miembro del TEDH entre los años 1966 y 1974 (ocupando el cargo de Presidente en el periodo 1971-1974), miembro de la Comisión de Derecho Internacional entre los años 1961 y 1972 y miembro de la Corte Internacional de Justicia entre los años 1973 y 1981 (ocupando el cargo de Presidente en el periodo 1979-1981).

²⁶ *Lawless v. Ireland* (nº 3), 1 July 1961, Series A, nº 3. Esta definición se puede completar con la afirmación realizada por el mismo autor en un trabajo de investigación posterior, donde indicó que el

El margen de apreciación nacional constituye, en suma, un concepto jurídico indeterminado que viene experimentando un extraordinario desarrollo en algunos subsistemas regionales de derechos humanos²⁷. No puede considerarse, creemos, como una verdadera doctrina de carácter jurisprudencial, en tanto que los tribunales regionales no la han revestido de la necesaria base teórica que la sistematice de manera general y abstracta²⁸. La aplicación del margen de apreciación nacional, por el contrario, se realiza caso por caso y atendiendo a una serie de circunstancias particulares, de carácter intrínseco y extrínseco, que envuelven la situación jurídica controvertida²⁹. Tampoco puede identificarse el margen de apreciación nacional con los principios de interpretación establecidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁰, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (Convenio de Viena)³¹, si bien la aceptación de este concepto por la jurisprudencia supone, en la mayoría de ocasiones, una interpretación restringida de los tratados regionales de derechos humanos. Por último, el margen de apreciación nacional no dar lugar una reserva de inmunidad a favor de los Estados³², sino una manifestación del principio de subsidiariedad.

margen de apreciación nacional «is one of the more important safeguards developed by the Commission and the Court to reconcile the effective operation of the Convention with the sovereign powers and responsibilities of Governments in a democracy. With the doctrine, moreover, goes the principle applied by the Commission and the Court in certain cases that a balance must be sought between the exercise by the individual of the rights guaranteed to him and the protection of the public interest»: véase WALDOCK, H., «The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Journal*, núm. 1 (1980), pp. 1-12, p. 9.

²⁷ SAPIENZA, R., «Sul Margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXIV, núm. 3 (1991), pp. 571-614, pp. 598-606.

²⁸ BREMS, E., «The Margin of Appreciation...», *op. cit.*, p. 241; y LAVENDER, N., «The Problem of the Margin of Appreciation», *European Human Rights Law Review*, núm. 4 (1997), pp. 380-390, p. 384.

²⁹ La ponderación de estas circunstancias en sede judicial ha llevado incluso a afirmar que, al invocar el margen de apreciación nacional, los tribunales regionales de derechos humanos aplicarían una especie de jurisdicción en equidad: véase GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010, pp. 377-379.

³⁰ GANSHOOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme», en MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª ed., Cassel, Carl Heymanns Verlag, 1990, pp. 201-220, p. 209.

³¹ BOE de 13 de junio de 1980.

³² CALLEWAERT, J., «Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?», *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1 (1998), pp. 6-9, p. 7.

Las anteriores afirmaciones permiten considerar al margen de apreciación nacional como «increasingly difficult to control and objectionable as a viable legal concept»³³ en el contexto del DI de los derechos humanos. Se hace necesario, por tanto, profundizar sobre su ámbito de aplicación material para comprender mejor su naturaleza y funcionamiento en los subsistemas regionales de derechos humanos (sección III). Todo ello antes de ponderar el protagonismo que desarrolla la noción de consenso como factor extrínseco susceptible de modular su aplicación (sección IV).

2. *La invocación del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia internacional*

Si bien la noción del margen de apreciación nacional se ha desarrollado fundamentalmente en los tribunales regionales de derechos humanos, no es menos cierto que otros tribunales internacionales de carácter universal, regional y sectorial también la han utilizado. En las siguientes líneas se analiza la aceptación que esta noción ha tenido en algunas sentencias dictadas por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)³⁴.

a) *Ámbito universal: la Corte Internacional de Justicia*

En el *Caso de las Plataformas Petrolíferas* la CIJ tuvo que valorar si los ataques realizados por los Estados Unidos de América (EEUU) a ciertas plataformas petrolíferas iraníes situadas en el Golfo Pérsico constituían medidas necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad, en virtud del Artículo XX.1 del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los Estados Unidos de América e Irán, celebrado en Teherán el 15 de agosto de 1955 (Tratado de Amistad de 1955). Para justificar la adopción de estas medidas los EEUU apelaron a la doctrina europea del margen de apreciación en la fase escrita y oral del procedimiento, soste-

³³ HIGGINS, R., «Derogations under...», *op. cit.*, p. 315.

³⁴ No es objeto de este trabajo la utilización de la noción del margen de apreciación en el arbitraje de inversiones: confróntense *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8, Laudo de 17 de enero de 2007, párr. 354); y *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9, Laudo de 5 de septiembre de 2008, párr. 181).

niendo que los Estados partes en aquel tratado bilateral debían disponer de un «wide area of discretion» al aplicar las medidas de protección prescritas por el citado precepto:

«un pouvoir discrétionnaire étendu, mais non pas un pouvoir discrétionnaire illimité, devant lequel la Cour n’aurait d’autre choix que de s’incliner. Les Etats-Unis ont précisé dans leurs écritures qu’ils ne revendiquent pas un pouvoir totalement discrétionnaire à cet égard mais qu’ils se *réfèrent plutôt à la doctrine européenne de la ‘marge d’appréciation’*»³⁵.

Esta argumentación se basaba en la lectura de una parte del párrafo 282 de la sentencia dictada en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, donde al interpretar el Artículo XXI del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y Nicaragua, firmado en Managua el 21 de enero de 1956, en virtud del cual los EEUU habían impuesto un embargo comercial a Nicaragua, la CIJ había señalado que «whether a measure is necessary to protect the essential security interest of a party is not, as the Court has emphasized (...) *purely a question for the subjective judgment of the party*»³⁶. Los EEUU pretendían hacer valer este último enunciado, del que se desprende cierta capacidad de los Estados partes para valorar el grado de necesidad de las medidas de protección adoptadas en el marco convencional, con el propósito de que la Corte ponderara el carácter necesario de los ataques armados a las plataformas petrolíferas a la luz del Tratado de Amistad de 1955³⁷ y no de las normas internacionales que regulan la legítima defensa, como pretendía Irán³⁸. En otras palabras, la estrategia de defensa de los EEUU perseguía instalar el debate sobre la necesidad y la proporcionalidad del uso de la fuerza en un plano exclusivamente bilateral, convencional y

³⁵ CR 2003/12, p. 21, párr. 17.48 (Weil) (cursiva añadida). En la fase escrita del procedimiento puede encontrarse una argumentación similar en las páginas 134-135 del escrito de réplica presentado por los EEUU el 23 de marzo de 2001, donde se cita expresamente el párr. 207 del caso sustanciado ante el TEDH *Irlanda c. Reino Unido (Ireland v. United Kingdom)*, 18 January 1978, Series A, n° 25).

³⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 282 (cursiva añadida).

³⁷ CR 2003/12, p. 34, párr. 18.5; p. 44, párr. 18.35; y p. 54, párr. 18.64 (Matheson); CR 2003/13, pp. 46-47, párr. 22.5 (Taft); y CR 2003/18, p. 22, párr. 27.11 (Weil).

³⁸ La argumentación presentada por Irán se basaba en la lectura completa del párr. 282 de la sentencia dictada en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*: véase CR 2003/8, p. 13, párr. 22 (Crawford).

recíproco, soslayando los estrictos estándares de necesidad y proporcionalidad que, en atención al principio estructural de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada, ha dispuesto el derecho a la legítima defensa tanto en el DI consuetudinario como en la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945 (Carta ONU)³⁹.

Interesa citar parte de la respuesta ofrecida por Irán en la fase oral del procedimiento, en tanto que presenta cuestiones que serán tratadas *infra* al examinar el ámbito de aplicación de la noción del margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos:

«But there are further problems in relying on the margin of appreciation, quite apart from the language and context of Article XX of the Treaty of Amity. (...) in international forums (...) such as (...) the European Court of Human Rights, *whether and how the margin of appreciation is applied depends on the context*. It is one thing to apply the margin of appreciation when dealing with government provisions for minority language schooling or age pensions, and quite another to apply it to violations of fundamental rules of public policy, for example concerning racial and sexual discrimination or torture. *The more peremptory the norm, the less room there is for the margin of appreciation*»⁴⁰.

La CIJ acogió en su sentencia los argumentos presentados por Irán⁴¹ y examinó los ataques a las plataformas petrolíferas bajo la óptica del derecho a la legítima defensa y del principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada, afirmando que no cabía considerar la noción del margen de apreciación nacional, sino realizar un examen de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los EEUU a la luz del carácter imperativo que presenta el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada en el sistema de la Carta ONU. Desde esta perspectiva, la Corte con-

³⁹ BOE de 16 de noviembre de 1990.

⁴⁰ CR 2003/16, p. 16, párr. 14 (Crawford) (cursiva añadida).

⁴¹ En virtud del Artículo 31.1.c) del Convenio de Viena la CIJ no admitió que el «Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty»: véase *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, párr. 41.

cluyó que los ataques realizados por los EEUU suponían una violación del ordenamiento internacional⁴². Puede concluirse, por tanto, que el margen de apreciación nacional es una noción flexible, cuya aplicación se hace depender de la naturaleza de las normas jurídicas; llegando hasta el punto de descartarse, como sucedió en el *Caso de las Plataformas Petrolíferas*, cuando aquellas normas presentan carácter imperativo.

b) Ámbito regional europeo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por lo que se refiere al TJUE, este tribunal de ámbito regional invoca el margen de apreciación nacional con carácter general al examinar la transposición del Derecho de la UE efectuada por los Estados miembros⁴³. Además, este concepto jurídico indeterminado se ha empleado en otros litigios tanto para valorar la adecuación de las normas derivadas con los principios fundamentales del Derecho de la UE⁴⁴, como para determinar la conformidad de las restricciones impuestas por los Estados miembros a las libertades fundamentales reconocidas por el ordenamiento de la UE⁴⁵.

En *Caves Krier Frères*, tras admitir que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para desarrollar la política social, el TJUE afirmó que no se pueden vulnerar «los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales»⁴⁶. Conforme a este razonamiento, el TJUE concluyó que la exigencia de residencia en Luxemburgo impuesta a una trabajadora fronteriza residente en Alemania que había desarrollado toda su vida profesional y

⁴² *Ibid.*, párrs. 73-77.

⁴³ En la reciente jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo: véanse Sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, *Jeremy F. y Premier ministre* (Asunto C-168/13 PPU) (pendiente de publicación), apdo. 52; y Sentencia TJUE de 11 de julio de 2013, *Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, en liquidación, Amazon Logistik GmbH y Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH* (Asunto C-521/11) (pendiente de publicación), apdo. 40.

⁴⁴ Sentencia TJUE de 27 de junio de 2003, *Parlamento Europeo c. Consejo* (Asunto C-540/03), *Recop.*, p. I-5769, apdos. 60-62.

⁴⁵ Sentencia TJUE de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (Asunto C-36/02), *Recop.*, p. I-9609, apdo. 39.

⁴⁶ Sentencia TJUE de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères Sàrl y Directeur de l'Administration de l'emploi* (Asunto C-379/11) (pendiente de publicación), apdo. 52.

estaba plenamente integrada en el mercado laboral luxemburgués, no podía sustentarse en el margen de apreciación nacional y resultaba contraria a los principios reconocidos por el ordenamiento de la UE.

En otros litigios, en virtud del margen de apreciación nacional, el Tribunal de Luxemburgo ha admitido restricciones a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento, basadas en la existencia de un derecho fundamental merecedor de especial protección. En *Schmidberger*, donde se discutía la adecuación de las restricciones a la libre circulación de mercancías establecidas por Austria al autorizar una manifestación que provocó el cierre de la principal vía de comunicación por carretera entre la zona del Tirol e Italia, el TJUE examinó el carácter necesario y proporcional de esta medida. Tras constatar que el comportamiento seguido por las autoridades austriacas resultaba proporcional a los fines perseguidos, el TJUE consideró que la restricción impuesta a la libre circulación de mercancías al calor del margen de apreciación nacional, era conforme con el Derecho de la UE y obedecía al interés superior de salvaguardar las libertades de expresión y reunión pública⁴⁷. Y en *Marja-Liisa Susisalo y otros*, el TJUE concluyó que el régimen preferencial de explotación concedido a la Farmacia de la Universidad de Helsinki resultaba necesario para desarrollar los objetivos de protección de la salud pública perseguidos por la legislación finlandesa sobre medicamentos, descartando que constituyese una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el Derecho de la UE⁴⁸.

Por el contrario, la noción del margen de apreciación no fue admitida por el TJUE al examinar la compatibilidad con la libre circulación de mercancías de las medidas de inspección técnica impuestas por Bélgica a la adquisición de vehículos de segunda mano procedentes de otros Estados miembros. En efecto, en *Comisión Europea c. Bélgica* el Tribunal de Luxemburgo concluyó que la exigencia de una inspección técnica no periódica, adicional a las realizadas por los otros Estados miembros, como requisito previo a la matriculación de un vehículo en Bélgica, constituía una restricción cuantitativa a la importación⁴⁹. A pesar de que las autoridades belgas alegaron que esta medida, dictada

⁴⁷ Sentencia TJUE de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra República de Austria* (Asunto C-112/00), *Recop.*, p. I-5659, apdos. 91-93.

⁴⁸ Sentencia TJUE de 21 de junio de 2012, *Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala, Merja Ritala, en el que interviene: Helsingin yliopiston apteekki* (Asunto C-84/11) (pendiente de publicación), apdo. 42.

⁴⁹ Sentencia TJUE de 6 de septiembre de 2012, *Comisión Europea c. Reino de Bélgica* (Asunto C-150/11) (pendiente de publicación), apdo. 61.

conforme al margen de apreciación que la Directiva 2009/40/CE confiere a los Estados miembros⁵⁰, pretendía proteger a los consumidores y al medio ambiente, el TJUE afirmó que no se había demostrado su carácter necesario, a la luz de los objetivos perseguidos por la misma⁵¹.

En algunos de estos litigios, la decisión tomada por el TJUE ha permitido ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales, en detrimento de una libertad reconocida por el ordenamiento de la UE, es decir, se produce un refuerzo del derecho fundamental en lugar de una erosión. Se llega así a un resultado opuesto al derivado de la aplicación del margen de apreciación nacional en los subsistemas regionales de derechos humanos⁵². Esta consecuencia, amén de reflejar la interdependencia existente entre el Consejo de Europa y la UE, analizada desde el DI general, pone de manifiesto el carácter polivalente que presenta la utilización de este concepto jurídico indeterminado en la práctica internacional. En virtud del mismo, cabe utilizar la noción del margen de apreciación nacional en el ordenamiento jurídico de la UE de manera especial, a resultas de los más complejos mecanismos de control jurisdiccional desplegados en este subsistema, así como de los rasgos característicos que singularizan a las normas derivadas (principios de primacía y eficacia directa).

La jurisprudencia internacional examinada en este apartado, en todo caso, permite formular cuatro consideraciones generales sobre la utilización de la noción del margen de apreciación nacional en el ordenamiento internacional. Puede concluirse, en primer lugar, que la naturaleza de la norma jurídica es un factor que influye decisivamente en la aplicación de esta noción. Para invocar este concepto, en segundo lugar, se utilizan como parámetros la necesidad y la proporcionalidad de la medida tomada por el Estado, que se convierten en los filtros jurídicos utilizados para distinguir las restricciones legales de las que suponen un hecho internacionalmente ilícito. Asimismo, en tercer lugar, al emplear el margen de apreciación nacional se manifiesta la estrecha vincula-

⁵⁰ Directiva 2009/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques (*DO* L 141, de 6 de junio de 2009, p. 12).

⁵¹ Puede compararse esta sentencia con la Sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2012, *Comisión Europea c. República Helénica* (Asunto C-244/11) (pendiente de publicación), apdos. 74-87.

⁵² DÍAZ CREGO, M., «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales», en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 55-77, pp. 71-72.

ción que este concepto tiene con el principio de subsidiariedad. Y, en cuarto lugar, la utilización del margen de apreciación nacional no es homogénea, pudiendo asumir caracteres especiales cuando se aplica en determinados sectores normativos, como el ordenamiento de la UE.

3. *La noción del margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos*

Como ya se ha indicado *supra* el margen de apreciación nacional fue concebido originalmente en el contexto del Artículo 15 del Convenio de Roma, un precepto que permite la adopción de medidas restrictivas de ciertos derechos fundamentales en situaciones de carácter excepcional, en particular, en «caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación». Sin embargo, de manera progresiva la jurisprudencia europea y americana han venido extendiendo su aplicación hacia otros derechos que pueden quedar sometidos a una interferencia estatal, convirtiéndose estos últimos en sus ámbitos de aplicación material más frecuentes.

En primer lugar, el margen de apreciación nacional se aplica con el propósito de interpretar las restricciones establecidas por los Estados a varios preceptos de similar estructura consagrados en los Artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar); 9 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión); 10 (derecho a la libertad de expresión); y 11 (derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación) del Convenio de Roma⁵³. Los anteriores preceptos se formulan en dos numerales que, en su primer apartado, consagran un derecho con carácter general y, en el segundo, disponen las condiciones que permiten exceptuarlo y adoptar medidas restrictivas, siempre que estén «previstas por la ley» y constituyan «medidas necesarias en una sociedad democrática». Ambos requisitos también se han previsto expresamente en el Pacto de San José como condiciones que avalan las restricciones impuestas por los Estados partes al derecho de reunión y a la libertad de asociación. Además, el Artículo 30 del Pacto de San José somete toda restricción a los derechos allí establecidos al principio de legalidad.

⁵³ Los preceptos citados del Convenio de Roma tienen su equivalente en los Artículos 11 (protección de la honra y dignidad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 13 (libertad de pensamiento y de expresión); 15 (derecho de reunión); 16 (libertad de asociación); y 17 (protección a la familia) del Pacto de San José.

Aunque la constatación de la conformidad de una medida restrictiva con el principio de legalidad exige un análisis jurídico de las circunstancias particulares y del grado de generalidad con que ha sido redactado el precepto donde se establece aquella limitación del derecho, su ponderación no suele suscitar mayores problemas técnicos en sede judicial⁵⁴. La norma jurídica debe estar investida formal y materialmente con un rango legal⁵⁵ y, como ha puntualizado la jurisprudencia europea, ésta debe ser «adequately accessible» y «formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct»⁵⁶.

Mientras que la necesidad de la medida constituye una condición mucho más compleja, en tanto que como señaló el TEDH en *Handyside c. Reino Unido* entraña examinar «the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in this context», el carácter «proportionate to the legitimate aim pursued» y si la justificación de las medidas restrictivas de los derechos y libertades realizada por los Estados resulta «relevant and sufficient»⁵⁷. Estos parámetros trazan un límite entre la legalidad de las restricciones a los derechos citados *supra* y los comportamientos que generan responsabilidad internacional del Estado, entre los que se incluyen las limitaciones al ejercicio de un derecho que infringen su «esencia misma»⁵⁸. Los Estados disfrutaban de un margen de apreciación para establecer las restricciones que sean conformes con estos estándares, en el bien entendido de que los tribunales regionales de derechos humanos pueden examinar y revisar tanto los fines perseguidos por la medida restrictiva (necesidad), como la idoneidad de los instrumentos utilizados para ponerla en práctica (proporcionalidad)⁵⁹.

⁵⁴ ARAI-TAKAHASHI, Y., «The System of Restrictions», en VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, E.; VAN EIJN, A.; ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., Amberes/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 333-350, p. 340.

⁵⁵ *La Expresión «Leyes» en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, n° 6*, párrs. 27-32.

⁵⁶ *Sunday Times v. United Kingdom* (n° 1), 26 April 1979, §§ 48-49, Series A, n° 30.

⁵⁷ *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, §§ 48-50, Series A, n° 24.

⁵⁸ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, n° 206*, párr. 90.

⁵⁹ CANNIZZARO, E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 69. Este análisis a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad podría dar a entender que los tribunales regionales de derechos humanos desarrollan *lato sensu* una labor «cuasiconstitucional»: véase BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 355-356.

En segundo lugar, el margen de apreciación nacional también se ha utilizado en el contexto de los Artículos 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (principio de no discriminación) del Convenio de Roma⁶⁰. Aunque estas disposiciones fueron redactadas de una manera más general que las anteriores y no presentan su misma estructura, el Tribunal de Estrasburgo ha adaptado estándares similares para determinar la compatibilidad con las obligaciones internacionales de las restricciones establecidas por los Estados. En efecto, este examen también se somete a los criterios de necesidad y proporcionalidad, si bien la forma en que ambos se contemplan se adapta a los objetivos perseguidos por los citados preceptos y, por tanto, difiere sensiblemente de la concepción jurisprudencial desarrollada para los Artículos 8 a 11 del Convenio de Roma.

El TEDH concluyó en *F. c. Suiza* que las restricciones impuestas al derecho a contraer matrimonio con el objeto de promover la estabilidad de esta institución, resultaban desproporcionadas y afectaban la propia esencia de este derecho⁶¹. Mientras que en *De Souza Ribeiro c. Francia*, un caso donde se discutía el alcance del derecho a un recurso efectivo, el TEDH reconoció que los Estados gozan de discreción para disponer el sistema de recursos internos más adecuado en su ordenamiento jurídico, siempre que el comportamiento de éstos no convierta este sistema en «ineffective in practice and therefore inaccessible»⁶². Con relación al Artículo 14 del Convenio de Roma, en *Chassagnou y otros c. Francia*, señaló el TEDH que una diferencia de trato es discriminatoria si presenta «no ‘objective and reasonable justification’, that is if it does not pursue a ‘legitimate aim’ or if there is not a ‘reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised’»⁶³. En *Stummer c. Austria*, el TEDH consideró que el sistema austriaco de relaciones laborales y prestaciones sociales aplicado a los reclusos no era «manifestly without reasonable foundation», en tanto que les garantizaba el derecho a una prestación económica⁶⁴. Estos precedentes revelan cómo en el contexto de estos derechos la necesidad y la proporcionalidad se ponderan

⁶⁰ Estos preceptos tienen su equivalente en los Artículos 1 (obligación de respetar los derechos); 8 (garantías judiciales); y 17 (protección a la familia) del Pacto de San José.

⁶¹ *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 36, Series A, n° 128.

⁶² *De Souza Ribeiro v. France* [GC], núm. 22689/07, § 95, TEDH 2012.

⁶³ *Chassagnou and Others v. France* [GC], núm. 25088/94, núm. 28331/95 y núm. 28443/95, § 91, TEDH 1999.

⁶⁴ *Stummer v. Austria* [GC], núm. 37452/02, §§ 105-107, TEDH 2011.

a la luz del carácter razonable de la medida adoptada por el Estado. Otra conclusión que cabe inferir de estos precedentes tiene que ver con la naturaleza negativa o positiva de la obligación que corresponde cumplir a los Estados. Como se estudia *infra*, esta condición también puede influir en la consideración del margen de apreciación nacional.

El margen de apreciación nacional, en tercer lugar, ha extendido su aplicación hacia otros preceptos del Convenio de Roma. En el caso del Artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), en *A. y otros c. Reino Unido*, ciertas restricciones establecidas por este Estado parte al apartado 1, letra f) de aquel precepto tras los atentados terroristas del 11 de septiembre no fueron consideradas conformes con el subsistema europeo de protección de los derechos humanos, en tanto que presentaban un carácter desproporcionado⁶⁵. Algunas cuestiones relacionadas con la legislación penitenciaria de los Estados miembros, por otra parte, se han ventilado al calor del Artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio de Roma⁶⁶; un precepto que exige realizar un examen de la proporcionalidad de la medida nacional restrictiva de los derechos⁶⁷, que considere su carácter razonable y objetivo⁶⁸. También el margen de apreciación nacional se ha utilizado en el contexto del Artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio de Roma. En *Vo c. Francia* la Gran Sala admitió que la legislación controvertida «could be regarded as an effective remedy that was available to the applicant» e, invocando el margen de apreciación nacional⁶⁹, sostuvo que no existía una obligación positiva para el Estado consistente en modificar las normas penales reguladoras de la negligencia médica causante de abortos⁷⁰.

En cuarto y último lugar, algunos preceptos de varios protocolos adicionales al Convenio de Roma también pueden quedar bajo la influencia del

⁶⁵ *A. and Others v. United Kingdom* [GC], núm. 3455/05, §§ 186-190, TEDH 2009.

⁶⁶ *Bouloius v. Luxemburg* [GC], núm. 37575/04, § 102, TEDH 2012.

⁶⁷ Indicó el TEDH que una restricción no sería compatible con el Artículo 6.1 del Convenio de Roma «if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved»: véase *Sabeh El Leil v. France* [GC], núm. 34869/05, § 47, TEDH 2011.

⁶⁸ *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, n° 182, párr. 143.*

⁶⁹ *Vo v. France* [GC], núm. 53924/00, §§ 91-93, TEDH 2004.

⁷⁰ Los tres preceptos del Convenio de Roma citados en este párrafo se corresponden con los artículos 7 (derecho a la libertad personal); 8 (garantías judiciales); y 4.1 (derecho a la vida) del Pacto de San José.

margen de apreciación nacional. En concreto, el Artículo 1 (protección de la propiedad) del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (Primer Protocolo Adicional)⁷¹; el Artículo 2 (derecho a la educación) del Primer Protocolo Adicional⁷²; el Artículo 3 (derecho a elecciones libres) del Primer Protocolo Adicional⁷³; y el Artículo 2 (libertad de circulación) del Protocolo Adicional al Convenio (Convenio n° 46 del Consejo de Europa)⁷⁴, hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (Protocolo número 4)⁷⁵. Como precedente representativo en el subsistema europeo destaca *Hirst c. Reino Unido* (n° 2), donde se discutía la prohibición del derecho de sufragio activo a los reos impuesta por la legislación penitenciaria británica a la luz del Artículo 3 del Primer Protocolo Adicional. En la sentencia dictada por la Sala se había afirmado que el derecho de sufragio activo posee un carácter indispensable y que cualquier «devaluation or weakening of that right threatens to undermine that system and it should not be lightly or casually removed»⁷⁶. El juicio de proporcionalidad realizado por el TEDH ponderó los fines pretendidos por la medida impugnada, los medios empleados por el Estado demandado para alcanzarlos y los efectos causados sobre los particulares al poner en práctica aquella medida, que se había concebido indiscriminadamente por el legislador nacional⁷⁷. La Gran Sala confirmó esta aproximación y rechazó la invocación del margen de apreciación nacional propuesta por el Estado demandado, concluyendo que el Reino Unido había restringido el derecho de manera automática, indiscriminada⁷⁸ y desproporcionada⁷⁹.

⁷¹ BOE de 12 de enero de 1991. Su equivalente en el Pacto de San José se ubica en el Artículo 21 (derecho a la propiedad privada).

⁷² Su equivalente en el Pacto de San José se ubica en el apartado 4 del Artículo 12 (libertad de conciencia y de religión).

⁷³ Su equivalente en el Pacto de San José se ubica en el Artículo 23 (derechos políticos).

⁷⁴ Su equivalente en el Pacto de San José se ubica en el Artículo 22 (derecho de circulación y residencia).

⁷⁵ BOE de 13 de octubre de 2009.

⁷⁶ *Hirst v. United Kingdom* (n° 2), núm. 74025/01, § 41, TEDH 2004.

⁷⁷ *Ibid.*, §§ 49-51.

⁷⁸ *Hirst v. United Kingdom* (n° 2) [GC], núm. 74025/01, §§ 81-82, TEDH 2005.

⁷⁹ En el subsistema interamericano la CIDH ha señalado respecto al mismo derecho que, para ponderar la proporcionalidad de la medida nacional controvertida, se deben examinar «las alternativas existentes para regular tal derecho, que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria de la Convención, y precisar su mayor o menor grado de lesividad del derecho humano que se restringe»: véase *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, n° 184, párr. 196*.

Al examinar el ámbito de aplicación del margen de apreciación nacional puede concluirse que esta noción se ha extendido más allá de los confines para los que fue inicialmente concebida (artículos 15 del Convenio de Roma y 27 del Pacto de San José)⁸⁰. De este análisis se infiere, además, que la evaluación del margen de apreciación nacional, si bien se desarrolla al calor de toda una serie de parámetros bien definidos como la necesidad, la proporcionalidad o la relevancia de la medida nacional controvertida, también se hace depender de varias circunstancias inherentes a los derechos protegidos, que pueden oscilar en función de las particularidades que cada caso contempla, como ha reconocido el propio TEDH al declarar que el «scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background»⁸¹. En las secciones III y IV se examinan estas circunstancias, atendiendo a su carácter intrínseco o extrínseco.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS DE CARÁCTER INTRÍNSECO QUE CONDICIONAN LA APLICACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

En esta sección se sistematizan las circunstancias de carácter intrínseco que intervienen al invocar el margen de apreciación nacional, distinguiendo dos elementos⁸²: el alcance y la naturaleza de la obligación jurídica establecida por los tratados regionales de derechos humanos y la dimensión pública o privada de los intereses en presencia.

1. *El alcance y la naturaleza jurídica de la obligación establecida convencionalmente*

De entre el catálogo de circunstancias relevantes que influyen en la aplicación judicial del margen de apreciación nacional, interesa centrarse en el alcance y la naturaleza jurídica de la obligación impuesta por los tratados re-

⁸⁰ Incluso se ha afirmado en el ámbito europeo que «there is no inherent reason why the doctrine could not be applied to any article of the Convention»: véase O'DONNELL, T.A., «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 4, núm. 4 (1982), pp. 474-496, p. 477.

⁸¹ *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, § 40, Series A, n° 87.

⁸² La doctrina ha puesto de relieve la existencia de varias circunstancias relevantes de carácter interno o intrínseco: véase MAHONEY, P., «Marvellous Richness of Diversity or Individous Cultural Relativism?», *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1 (1998), pp. 1-6, p. 5.

gionales de derechos humanos a sus Estados partes. El análisis de este expediente va a permitir entender el carácter heterogéneo y dúctil que presenta la aplicación de este concepto jurídico indeterminado en la práctica judicial del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana.

Una primera cuestión que importa retener consiste en la distinta naturaleza jurídica de las obligaciones reconocidas por estos tratados regionales. En efecto, los Artículos 3 y 11 del Convenio de Roma y el Artículo 1 del Primer Protocolo Adicional, y sus correspondientes del Pacto de San José, constituyen tres ejemplos que reflejan esta diversidad. En tanto que integrante del *ius cogens*, la norma sobre prohibición de la tortura reconocida en el primer artículo citado resulta indisponible para los Estados. Las libertades de reunión y asociación, por otra parte, constituyen dos pilares esenciales de los sistemas democráticos, que garantizan el ejercicio de los derechos de participación política en las sociedades contemporáneas y poseen una indudable dimensión pública. La protección del derecho de propiedad representa un elemento esencial en los regímenes políticos de economía de mercado que, sin embargo, queda sujeto a las disposiciones dictadas por los Estados para reglamentar su uso y disfrute en el plano privado de acuerdo con el interés general.

En virtud de todo lo anterior, la norma que contempla la prohibición de la tortura sería extraña a una invocación del margen de apreciación nacional que pretendiese orillarla, pues debe prevalecer su condición de derecho imperativo e inderogable. Mientras que sobre los otros dos mandatos podría operar el margen de apreciación nacional, si bien con una distinta intensidad. En el caso de las restricciones al Artículo 11 del Convenio de Roma, dada la importante dimensión pública de los intereses protegidos, éstas son concebidas e interpretadas de manera estricta por los tribunales regionales de derechos humanos⁸³. Además, este precepto está redactado en sentido negativo, hecho que contrae el alcance de las excepciones que pudieran establecerse. El margen de apreciación nacional, en cambio, opera con mayor flexibilidad a la hora de interpretar las restricciones al Artículo 1 del Primer Protocolo Adicional, puesto que en este precepto se entremezclan intereses de naturaleza pública y

⁸³ El TEDH puso de relieve que «having regard to the essential role of political parties in the proper functioning of democracy (...), the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties' freedom of association»: véase *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* [GC], núm. 19392/92, § 46, TEDH 1998.

privada. La propia redacción de su párrafo segundo, redactada en sentido positivo, admite la imposición de restricciones al derecho de propiedad por parte de los Estados y, en suma, da pie a una más abierta utilización del margen de apreciación nacional por parte de los tribunales regionales de derechos humanos⁸⁴. Así las cosas, puede concluirse que la naturaleza y la propia redacción que presentan las distintas obligaciones influyen decisivamente en la aplicación del margen de apreciación nacional⁸⁵.

En línea con la anterior reflexión, en segundo lugar, cabe indicar que el carácter positivo o negativo de la obligación también representa una circunstancia que puede afectar a la valoración del margen de apreciación nacional por parte de los tribunales regionales de derechos humanos. Como en ocasiones resulta complejo establecer con claridad los límites entre los mandatos de acción u omisión que corresponden a los Estados⁸⁶, la jurisprudencia europea ha señalado que en ambos casos los criterios que deben aplicarse para determinar el alcance del margen de apreciación nacional son similares⁸⁷. En cualquier caso, con relación a las obligaciones positivas, se aprecia una mayor deferencia hacia los Estados. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo ha invocado precisamente el margen de apreciación nacional para concluir, en el contexto del derecho a la vida privada, que no se impone una obligación a los Estados partes de adoptar medidas que permitan la asistencia al suicidio, especialmente si se constata que «the State Parties to the Convention are far from reaching a consensus in this respect»⁸⁸, sin perjuicio de que esta cuestión pueda revisarse en el futuro⁸⁹. Y, respecto a la obligación de celebrar elecciones libres, el TEDH también ha utilizado el margen de apreciación nacional para permitir a un Estado reglamentar las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo⁹⁰.

⁸⁴ *Jahn and Others v. Germany* [GC], núm. 46720/99, núm. 72203/01 y núm. 72552/01, §§ 113-117, TEDH 2005; y *Caso de Salvador Chiriboga vs. Ecuador; Excepción Preliminar y Fondo, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C*, n° 179, párrs. 126-129.

⁸⁵ ORAKHELASHVILI, A., «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 3 (2003), pp. 529-568, p. 533.

⁸⁶ KLATT, M., «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71 (2011), pp. 691-718.

⁸⁷ *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 49, Series A, n° 290.

⁸⁸ *Hass v. Switzerland*, núm. 31322/07, § 55, TEDH 2011; y *Koch v. Germany*, núm. 497/09, § 70, TEDH 2012.

⁸⁹ *Pretty v. United Kingdom*, núm. 2346/02, § 65, TEDH 2002.

⁹⁰ *Matthews v. United Kingdom* [GC], núm. 24833/94, § 63, TEDH 1999; y *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* [GC], núm. 42202/07, §§ 72-75, TEDH 2012.

El margen de apreciación nacional puede reducirse, reconociéndose el incumplimiento de una obligación de carácter positivo, cuando estos tribunales regionales de derechos humanos constaten que las medidas adoptadas por los órganos del Estado entorpecen⁹¹ o resultan insuficientes⁹² para garantizar el pleno ejercicio del derecho o se encuentran alejadas de la práctica generalmente aceptada por la mayoría de Estados. Así, el TEDH ha declarado que una normativa que establece plazos de prescripción para ejercer acciones procesales tendentes a determinar la paternidad resulta contraria al derecho a la vida privada y familiar, tras afirmar que «a significant number of States do not set a limitation period for children to bring an action aimed at having paternity established and that there is a tendency towards a greater protection of the right of the child to have his paternal affiliation established»⁹³. La Corte Interamericana, en el mismo orden de ideas, sostuvo en *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica* que este Estado no podía seguir manteniendo una protección absoluta del derecho a la vida prenatal y, atendiendo al acuerdo manifestado a través de la «práctica generalizada» de la mayoría de Estados que conforman el subsistema interamericano⁹⁴, obligó a Costa Rica a introducir cambios legislativos que levantasen la prohibición de utilizar la fertilización *in vitro* y permitiesen poner en práctica esta técnica de reproducción asistida de manera no discriminatoria.

2. La dimensión pública o privada de los intereses en presencia

Otra cuestión capital para entender el funcionamiento de la noción del margen de apreciación nacional en los subsistemas regionales de protección

⁹¹ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, §§ 32-33, Series A, n° 21.

⁹² *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, §§ 54-57, Series A, n° 303-C; *Guerra and Others v. Italy* [GC], núm. 14967/89, § 59, TEDH 1998; y *Hutton and Others v. United Kingdom* [GC], núm. 36022/97, §§ 124-126, TEDH 2003.

⁹³ *Phinikaridou v. Cyprus*, núm. 23890/02, § 58, TEDH 2007; y *Roman v. Finland*, núm. 13072/05, § 57, TEDH 2013.

⁹⁴ Señaló la CIDH que «a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV»: véase *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, n° 257*, párr. 256.

de los derechos humanos radica en la posibilidad de que una misma obligación pueda quedar sometida, en función del interés público o privado protegido, a un distinto margen de apreciación nacional. El TEDH afirmó en *Carson y otros c. Reino Unido* que «a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy»⁹⁵.

En *Movimiento Raeliano c. Suiza*, el Tribunal de Estrasburgo puso de relieve cómo la noción del margen de apreciación nacional se ha acotado en el contexto de la libertad de expresión cuando los intereses protegidos tienen una dimensión pública (discurso político)⁹⁶. En efecto, como también ha indicado la CIDH en *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, las restricciones impuestas por los Estados en el marco de la libertad de expresión a la discusión sobre cuestiones de interés público deben ser limitadas, con el propósito de facilitar el control democrático y favorecer el debate en la opinión pública⁹⁷. Mientras que el margen de apreciación nacional se amplía a favor del Estado si este mismo derecho, la libertad de expresión, se ejerce en el plano privado. Así, se han considerado conformes con el Convenio de Roma las restricciones a este derecho dispuestas por los Estados con el objeto de salvaguardar la moral⁹⁸ y la libre competencia en el mercado⁹⁹.

Resulta conveniente ponderar, por tanto, los intereses públicos y privados en presencia en el momento de determinar tanto la necesidad como la

⁹⁵ *Carson and Others v. United Kingdom* [GC], núm. 42184/05, § 61, TEDH 2010.

⁹⁶ Tras recordar varios precedentes donde se había invocado esta noción, el TEDH señaló que «the type of speech in question is not political because the main aim of the website in question is to draw people to the cause of the applicant association and not to address matters of political debate in Switzerland. Even if the applicant association's speech falls outside the commercial advertising context –there is no inducement to buy a particular product– it is nevertheless closer to commercial speech than to political speech *per se*, as it has a certain proselytising function. The State's margin of appreciation is therefore broader»: véase *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], núm. 16354/06, § 62, TEDH 2012.

⁹⁷ *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C*, n° 107, párr. 127. En otro caso donde se discutía el mismo derecho señaló la CIDH que «El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público»: véase *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C*, n° 111, párr. 97.

⁹⁸ *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A, n° 24; y *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 35, Series A, n° 133.

⁹⁹ *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 50, Series A, n° 285-C.

proporcionalidad de la restricción impuesta por el Estado a la libertad de expresión. Es precisamente un examen de conjunto de todos estos factores el que permite enunciar una fórmula de manera tentativa, según la cual la violación del tratado debería declararse al reducirse el margen de apreciación nacional como consecuencia del mayor interés público salvaguardado por la medida restrictiva de los derechos, y viceversa. Así lo consideró el TEDH al escrutar las interacciones entre el derecho a la vida privada con la libertad de expresión en *Von Hannover c. Alemania*¹⁰⁰.

Esta fórmula, sin embargo, no puede predicarse de manera general y en ocasiones opera de manera opuesta. En *Stoll c. Suiza*, el TEDH amplió el margen de apreciación nacional para permitir la adopción de medidas de protección de intereses públicos (seguridad nacional), concluyendo que las medidas de carácter penal impuestas contra un periodista que había revelado secretos oficiales en un artículo periodístico no resultaban desproporcionadas ni suponían una violación del derecho a la libertad de expresión¹⁰¹. De la misma forma, pero a la inversa, en *Open Door c. Irlanda* el TEDH concluyó que, aunque el aborto suponía una cuestión muy vinculada a la moral y, por tanto, esta circunstancia implicaba la concesión de un mayor margen de apreciación para que los Estados partes establecieran el marco normativo adecuado, las medidas adoptadas por Irlanda para impedir la información sobre técnicas de interrupción del embarazo en su territorio resultaban desproporcionadas y contrarias a la libertad de expresión¹⁰². Ambos precedentes ponen de manifiesto las dificultades técnicas que presenta la utilización de la noción del margen de apreciación nacional, así como la imposibilidad de construir una fórmula que permita predecir su aplicación en la jurisprudencia regional.

Las reflexiones realizadas en las anteriores líneas a la luz de la libertad de expresión, también pueden extenderse hacia otros preceptos citados *supra*. En el caso del derecho a la vida privada y familiar, en virtud del margen de apreciación nacional, han sido admitidas como restricciones, entre otras, las medidas de vigilancia destinadas a la prevención del terrorismo¹⁰³, las que

¹⁰⁰ *Von Hannover v. Germany*, núm. 59320/00, §§ 66-75, TEDH 2004.

¹⁰¹ *Stoll v. Switzerland* [GC], núm. 69698/01, § 155, TEDH 2007.

¹⁰² *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland*, 29 October 1992, §§ 68-77, Series A, n° 246-A.

¹⁰³ *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, §§ 50-59, Series A, n° 28.

penalizan el incesto¹⁰⁴, las que reglamentan la fertilización *in vitro*¹⁰⁵, las que regulan determinados aspectos de las relaciones paterno-filiales¹⁰⁶, así como las que evitan una asimilación del régimen jurídico aplicable al matrimonio y a las uniones civiles de hecho con otras situaciones de convivencia¹⁰⁷. En todos estos casos la invocación del margen de apreciación nacional se sustenta en la protección tanto de la moral pública como del bienestar general de la sociedad, unos intereses que prevalecen sobre la dimensión privada del derecho a la vida privada y familiar. A diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión, en el caso de este derecho el margen de apreciación es mayor a medida que el interés protegido reviste una dimensión pública más notoria.

La aplicación de esta noción, en cambio, puede ceder si el órgano judicial constata que las medidas adoptadas por los Estados partes interfieren de manera desproporcionada en la dimensión privada protegida por el derecho. Así, en *Dudgeon c. Reino Unido*, donde se dirimía la conformidad de la normativa que sancionaba penalmente las relaciones homosexuales en Irlanda del Norte, el TEDH declaró que ya no existía una necesidad social que justificara mantener su vigencia. Para sostener esta argumentación, que dejaba en un segundo plano el objetivo de protección de la moralidad perseguido por la norma, puso de relieve que en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya existía una tolerancia generalizada hacia las relaciones homosexuales y significó la escasa aplicación que las propias autoridades nacionales habían hecho de la normativa controvertida¹⁰⁸. Mientras que en *Dickson c. Reino Unido*; un caso donde el TEDH examinó la negativa de las autoridades penitenciarias británicas a conceder a un reo el derecho de concebir un hijo con su esposa mediante el procedimiento de inseminación artificial, también se descartó la noción del margen de apreciación nacional. La Sala, ante la ausencia de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, había concluido, invocando el margen de apreciación nacional, que el Secretario de Estado había tomado su decisión de manera proporcionada y razonable, ponderando

¹⁰⁴ *Stäubing v. Germany*, núm. 43547/08, § 61, TEDH 2012.

¹⁰⁵ *Evans v. United Kingdom* [GC], núm. 6339/05, §§ 79-82 y 91, TEDH 2007.

¹⁰⁶ *X, Y and Z v. United Kingdom* [GC], núm. 21830/93, § 44, TEDH 1997; *Odièvre v. France* [GC], núm. 42326/98, §§ 28-29 y 46-47, TEDH 2003; *Kautzor v. Germany*, núm. 23338/09, §§ 72-78, TEDH 2012; y *Abrens v. Germany*, núm. 45071/09, §§ 70-75, TEDH 2012.

¹⁰⁷ *Burden v. United Kingdom* [GC], núm. 13378/05, § 62, TEDH 2008; y *Van Der Heijden v. The Netherlands* [GC], núm. 42857/05, § 69, TEDH 2012.

¹⁰⁸ *Dudgeon v. United Kingdom*, 22 October 1981, §§ 57-60, Series A, n° 45.

todos los intereses públicos y privados en presencia¹⁰⁹. No obstante, la Gran Sala modificó este parecer, señalando que las autoridades nacionales no habían realizado correctamente la ponderación de intereses, dando preferencia en su argumentación al juicio de proporcionalidad, desplazando el argumento de la falta de consenso entre los Estados miembros y, por consiguiente, descartando la invocación de la noción del margen de apreciación¹¹⁰.

Asimismo, por lo que respecta a la libertad de pensamiento, conciencia y religión se aprecia en la práctica judicial una aplicación flexible del margen de apreciación nacional, ante la ausencia de una opinión unánime sobre el significado del factor religioso en cada sociedad que, como se señaló en *Preminger c. Austria*, hace imposible «arrive at a comprehensive definition of what constitutes a permissible interference with the exercise of the right to freedom of expression where such expression is directed against the religious feelings of others»¹¹¹. El Tribunal de Estrasburgo considera que cada Estado miembro del Consejo de Europa es plenamente competente para organizar el ejercicio y la práctica de las creencias religiosas en su territorio siempre que el sistema adoptado garantice la tolerancia y el respeto mutuo entre todas ellas¹¹² y la neutralidad del Estado¹¹³.

La CEDH señaló que no existía violación del Artículo 9 del Convenio de Roma al no conceder un permiso de ausencia en el trabajo para acudir en horario laboral al ejercicio de la práctica religiosa¹¹⁴. En idéntico sentido se expresó este órgano al avalar que las autoridades británicas exigieran el uso del casco para conducir motocicletas a un seguidor del sijismo¹¹⁵. Tampoco ha apreciado el TEDH una violación cuando se ha impuesto a estos mismos individuos la obligación de desprenderse de su turbante para atravesar un control

¹⁰⁹ *Dickson v. United Kingdom*, núm. 44362/04, §§ 31-39, TEDH 2006.

¹¹⁰ *Dickson v. United Kingdom* [GC], núm. 44362/04, §§ 81-82, TEDH 2007.

¹¹¹ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, § 50, Series A, n° 295-A.

¹¹² *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* [GC], núm. 19392/92, § 57, TEDH 1998; *Serif v. Greece*, núm. 38178/97, § 53, TEDH 1999; y *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, núm. 45701/99, § 123, TEDH 2001.

¹¹³ *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], núm. 30985/96, § 78, TEDH 2000; y *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], núm. 41340/98, núm. 41342/98, núm. 41343/98 y núm. 41344/98, § 91, TEDH 2003.

¹¹⁴ *X. v. United Kingdom*, núm. 8160/78, Commission decision of 12 March 1981, Decisions and Reports 22, pp. 34-35.

¹¹⁵ *X. v. United Kingdom*, núm. 7992/77, Commission decision of 12 July 1978, Decisions and Reports 14, p. 234.

de seguridad en un aeropuerto¹¹⁶. Los controles de seguridad existentes a la entrada de las embajadas u otros edificios públicos también pueden dar lugar a que las autoridades soliciten a las musulmanas que se desprendan momentáneamente del velo islámico (*yihab*) para ser identificadas¹¹⁷.

El ámbito de protección desplegado por el Artículo 9 del Convenio de Roma «does not protect every act motivated or influenced by a religion or belief»¹¹⁸, configurándose el contenido de este precepto de una manera flexible mediante el principio de subsidiariedad y limitándose el alcance del derecho sometido a protección. Para determinar si se ha producido una violación de este derecho importa examinar si las medidas nacionales resultan necesarias y proporcionadas para garantizar el pluralismo religioso del grupo social, en el bien entendido de que a diferencia de otros derechos, respecto a éste sólo cabe establecer restricciones legítimas a la libertad de «manifestar su religión o sus convicciones»¹¹⁹. Si las medidas adoptadas no resultan intrusivas con aquel objetivo, los Estados pueden invocar el margen de apreciación nacional y, según la jurisprudencia del TEDH analizada con más detalle *infra*, prohibir el uso del velo islámico¹²⁰ o permitir la exhibición del crucifijo en determinados espacios públicos¹²¹. Las restricciones a este derecho, por el contrario, se consideran inconsistentes con las obligaciones internacionales cuando los Estados adoptan medidas que interfieren de manera injustificada¹²² y/o abusiva¹²³.

Y, por último, en lo relativo a la libertad de reunión pacífica y de asociación, la tendencia expansiva que ha experimentado esta libertad¹²⁴, dada la importante dimensión pública que revisten los intereses protegidos, ha sido contrarrestada en algunos casos mediante la aplicación del margen de aprecia-

¹¹⁶ *Phull v. France* (dec.), núm. 35753/03, TEDH 2005.

¹¹⁷ *El Morsli v. France* (dec.), núm. 15585/06, TEDH 2008.

¹¹⁸ *Kalaç v. Turkey*, núm. 20704/92, § 27, TEDH 1997.

¹¹⁹ Por orden de publicación: véanse GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J.; CAÑIVANO SALVADOR, M.A., *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 57-132; y DE GOUTTOS, R., «Les discriminations religieuses et la Convention européenne des droits de l'homme», en MASSIS, T.; PETTITI, Ch. (eds.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 81-96, pp. 83-94.

¹²⁰ *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], núm. 44774/98, § 116, TEDH 2005.

¹²¹ *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, § 61, TEDH 2011.

¹²² *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, §§ 48-49, Series A, n° 260.

¹²³ *Bayatyan v. Armenia* [GC], núm. 23459/03, §§ 125-126, TEDH 2011.

¹²⁴ *Young, James and Webster v. United Kingdom*, 13 August 1981, §§ 64-65, Series A, n° 40.

ción nacional¹²⁵. Esta tensión se puede constatar en un par de precedentes. En *Demir y Baykara c. Turquía* el Tribunal de Estrasburgo dictó una decisión donde, apartándose de su jurisprudencia anterior, incluyó a la negociación colectiva dentro del ámbito de protección del Artículo 11 del Convenio de Roma, apelando a «the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters»¹²⁶. Mientras que, por el contrario, en *Sindicatul «Pastorul cel Bun» c. Rumania*, el TEDH concluyó el carácter necesario y proporcional de las restricciones impuestas por el Estado al establecimiento de uniones sindicales dentro de una comunidad religiosa, en atención a la necesidad de salvaguardar la autonomía de las confesiones religiosas, así como ante la ausencia de un modelo uniforme de gestión de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en los miembros del Consejo de Europa¹²⁷. La mayor notoriedad pública de los intereses en el primer caso moderó la aplicación del margen de apreciación nacional.

La ponderación de los intereses públicos y privados en presencia representa, junto al alcance y la naturaleza de la obligación, otro factor de carácter intrínseco susceptible de condicionar la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional. La jurisprudencia regional de derechos humanos debe considerar ambas cuestiones al efectuar su examen sobre la necesidad y la proporcionalidad de la medida nacional controvertida, resultando circunstancias determinantes para concluir la existencia de una violación de los compromisos internacionales de los Estados. Se trata de un examen concebido desde la perspectiva del Derecho público¹²⁸, que comparte muchos elementos con la supervisión realizada por los tribunales constitucionales a nivel interno. La evaluación estos factores de carácter intrínseco, como subyace en varios casos presentados en las anteriores páginas, en no pocas ocasiones se debe com-

¹²⁵ *Schmidt and Dabström v. Sweden*, 6 February 1976, § 36, Series A, n° 21.

¹²⁶ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], núm. 34503/97, § 154, TEDH 2008.

¹²⁷ El TEDH consideró «the wide variety of constitutional models governing relations between States and religious denominations in Europe. Having regard to the lack of a European consensus on this matter (...), it considers that the State enjoys a wider margin of appreciation in this sphere, encompassing the right to decide whether or not to recognise trade unions that operate within religious communities and pursue aims that might hinder the exercise of such communities' autonomy»: véase *Sindicatul «Pastorul cel Bun» v. Romania* [GC], núm. 2330/09, § 171, TEDH 2013.

¹²⁸ MATSCHER, F., «Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne», en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation...*, op. cit., pp. 15-40, pp. 32-33.

plementar con la consideración de una circunstancia de carácter extrínseco y de naturaleza iusinternacionalista: el consenso de los Estados miembros del Consejo de Europa y del Pacto de San José.

IV. EL CONSENSO COMO CIRCUNSTANCIA DE CARÁCTER EXTRÍNSECO QUE CONDICIONA LA APLICACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

En la presente sección se estudia el protagonismo que desempeña la noción del consenso en la aplicación del margen de apreciación nacional, tanto desde una perspectiva material como formal. Para ello resulta necesario partir de una concepción consensualista del ordenamiento internacional.

1. *El margen de apreciación nacional a la luz de una concepción consensualista del ordenamiento jurídico internacional*

Varios de los precedentes citados en la sección III ponen de manifiesto que, además de la naturaleza y el alcance de la obligación y de la dimensión pública o privada de los intereses en presencia, la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional también está sometida a un elemento de carácter extrínseco: el consenso de los Estados partes en el correspondiente subsistema regional.

En el ordenamiento jurídico internacional el consenso adopta una doble dimensión material y formal. Desde una vertiente material, el consenso representa un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional, indicativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados, que además permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones. A resultas del carácter todavía descentralizado y eminentemente voluntarista del DI público, las normas internacionales son el producto de este acuerdo alcanzado por el conjunto de Estados interesados que intervienen en su proceso de formación y modificación (*consensus generalis*), bien mediante la repetición constante y uniforme de una práctica convertida en costumbre internacional, bien mediante su plasmación por escrito en un tratado internacional¹²⁹.

¹²⁹ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 51-53.

Mientras que desde una perspectiva formal, el consenso es un mecanismo para la adopción de decisiones en el seno de la estructura institucional mediante la «adoption of a decision without formal objections and vote; this being possible only when no delegation formally objects to a consensus being recorded, though some delegations may have reservations to the substantive matter at issue or to a part of it»¹³⁰. En suma, el consenso no requiere celebrar una votación formal, pues supone la ausencia de objeciones por parte de los Estados que participan en el procedimiento decisorio¹³¹.

En los siguientes apartados se utilizan ambas dimensiones del consenso para explicar cómo los tribunales regionales de derechos humanos, en su condición de tribunales internacionales sometidos al DI, administran y gestionan el concepto del margen de apreciación nacional. Las críticas formuladas a esta última noción, generalmente centradas en su vaguedad y aplicación no uniforme, pueden modularse al calor de esta concepción consensualista.

Así, en el plano material, el consenso produce un efecto vertebrador en la jurisprudencia regional de derechos humanos, al canalizar la aplicación del margen de apreciación nacional a través del examen de la práctica de los Estados. En *Dudgeon c. Reino Unido* y *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica* el TEDH y la CIDH, respectivamente, declararon contrarias a los tratados regionales de derechos humanos las medidas nacionales controvertidas, restringiéndose el margen de apreciación nacional, al apelar a los desarrollos en la práctica de los Estados miembros del Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos (OEA).

Por otra parte, desde el plano formal, el consenso genera un efecto integrador en la jurisprudencia regional de derechos humanos. Conviene recordar que el TEDH y la CIDH son tribunales internacionales creados en el ámbito institucional y, por tanto, cumplen las funciones jurisdiccionales encomendadas por los tratados constitutivos del Consejo de Europa y la OEA. En el tercer apartado de la presente sección, a partir de un par de precedentes seleccionados (*Goodwin c. Reino Unido* y *Atala Riffo c. Chile*), se examina la influencia que ejercen las decisiones y resoluciones adoptadas, algunas de ellas a través de la técnica del consenso, por los órganos asamblearios de estas organizaciones, en la jurisprudencia regional de derechos humanos.

¹³⁰ *United Nations Juridical Yearbook*, 1987, p. 174.

¹³¹ En la doctrina española, por todos: véase FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 101-160.

2. *La dimensión material del consenso como elemento vertebrador de la jurisprudencia regional de derechos humanos*

Para ponderar el funcionamiento del consenso como elemento vertebrador de la jurisprudencia regional de derechos humanos, se estudian varios precedentes donde los tribunales regionales de derechos humanos han empleado esta noción en el contexto del derecho a la vida privada y familiar y de la libertad para manifestar las convicciones religiosas.

a) Margen de apreciación nacional y *consensus generalis*

Por lo que se refiere al derecho a la vida privada y familiar, la Corte Interamericana ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el papel del consenso existente en la mayoría de los Estados del subsistema interamericano a propósito de la aplicación de las técnicas de fertilización *in vitro* en el ya citado caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, instando a que este último Estado tome medidas legislativas que permitan poner en práctica esta técnica de reproducción asistida de manera no discriminatoria, en línea con aquel consenso¹³². En este orden de ideas, a propósito de la prohibición establecida en la legislación italiana para acceder a las técnicas de reproducción asistida a las parejas portadoras de ciertas enfermedades, la Sala del TEDH ha insistido en *Costa y Pavan c. Italia* en la evolución experimentada a nivel normativo en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, declarando el carácter desproporcionado que esta restricción presenta a la luz del Artículo 8 del Convenio de Roma¹³³.

La jurisprudencia dictada en *Costa y Pavan c. Italia* viene a modificar sensiblemente la doctrina que hasta ahora había mantenido el TEDH con relación a la utilización de los sistemas de fertilización *in vitro*. En *S.H. y otros c. Austria*, un precedente dictado en el año 2011 donde se discutía la conformidad con el derecho a la vida privada y familiar del régimen jurídico austriaco que prohíbe la donación de espermatozoides y óvulos en el marco de la fertilización *in vitro*, la Gran Sala concluyó que, de conformidad con la línea jurisprudencial existente hasta entonces¹³⁴, Austria no había excedido el margen de aprecia-

¹³² *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, n° 257, párr. 256.*

¹³³ *Costa et Pavan c. Italie*, núm. 54270/10, §§ 66-70, TEDH 2012.

¹³⁴ *X, Y and Z v. United Kingdom* [GC], núm. 21830/93, § 44, TEDH 1997; y *Evans v. United Kingdom* [GC], núm. 6339/05, §§ 79-81, TEDH 2007.

ción nacional que disfrutaba para proteger el interés público al establecer las citadas restricciones. No obstante, dado que esta decisión revocaba una sentencia dictada por la Sala un año antes¹³⁵, el TEDH no tuvo más remedio que admitir una incipiente, aunque todavía débil, tendencia por reconocer esta práctica entre los Estados miembros del Consejo de Europa; un consenso que «is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State»¹³⁶. *Costa y Pavan c. Italia* representa una evolución en esta línea jurisprudencial basada en la afirmación de un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

La noción de consenso es asimilable en los subsistemas regionales europeo y americano a la de *consensus generalis* en el DI público. Surge del análisis de la práctica de los Estados y suele favorecer las interpretaciones de los tratados regionales de derechos humanos más sensibles y cercanas a los intereses de los individuos, desactivando la aplicación de la noción del margen de apreciación nacional y permitiendo una interpretación evolutiva de las obligaciones previstas convencionalmente. La ausencia de esta circunstancia extrínseca, en el contexto del derecho a la vida privada y familiar, da pie a que los Estados miembros mantengan sus propias tradiciones normativas.

No obstante, existen precedentes donde los tribunales regionales de derechos humanos tienen que relativizar la influencia ejercida por esta noción, admitiendo las objeciones planteadas por algunos Estados al desarrollo de ciertos derechos fundamentales. En este sentido, es bien conocida la especial protección que Irlanda ha dispensado al feto y su tradicional oposición al aborto, salvo en circunstancias muy excepcionales. En *A, B y C c. Irlanda* el Estado demandado se apoyaba en la doctrina del margen de apreciación nacional para regular una cuestión tan delicada moral y éticamente como el aborto y su relación con el derecho a la vida privada y familiar. El TEDH constató el ais-

¹³⁵ *S.H. and Others v. Austria*, núm. 57813/00, § 69, TEDH 2010.

¹³⁶ El TEDH afirmó que «Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (...). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (...): véase *S.H. and Others v. Austria* [GC], núm. 57813/00, § 94, TEDH 2011.

lamiento normativo de Irlanda, al apreciar «a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law»¹³⁷. Sin embargo, al mismo tiempo afirmó que este consenso europeo (*consensus generalis*) no podía constituir un elemento decisivo que limitara o impidiese la invocación del margen de apreciación nacional, aceptando de alguna forma la «objeción persistente» irlandesa. Al examinar el carácter necesario y proporcional de las medidas adoptadas por Irlanda respecto a cada una de las tres demandantes, declaró la violación del Artículo 8 del Convenio de Roma únicamente en el caso de una embarazada enferma de cáncer que se había sometido a un aborto por razones terapéuticas, ante el serio riesgo que corría su vida si continuaba con su embarazo. Respecto a ésta, por tanto, el TEDH confirmó la existencia de una obligación positiva en el contexto del derecho a la vida privada y familiar, consistente en adoptar medidas de desarrollo normativo que, superando la situación de incertidumbre jurídica existente hasta entonces en Irlanda, permitieran ejercer plena y efectivamente su derecho a interrumpir el embarazo por razones terapéuticas. En el caso de las otras dos demandantes, en cambio, la doctrina del margen de apreciación prevaleció y permitió a Irlanda mantener su posición, ajena al consenso europeo.

A, B y C v. Irlanda pone de manifiesto los límites que plantea la utilización del consenso como circunstancia susceptible de incidir en la noción del margen de apreciación nacional. En definitiva, de la misma forma que el carácter voluntarista y relativista del DI público adopta diversas manifestaciones en los procedimientos de formación normativa, a través de la regla de la objeción persistente o de las reservas a los tratados, en los ámbitos institucionales examinados por este trabajo, los tribunales regionales de derechos humanos han desarrollado fórmulas para adecuar e interpretar las normas convencionales que permiten mantener un equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

b) Margen de apreciación nacional y ausencia de *consensus generalis*

La ausencia de un *consensus generalis* viene siendo un argumento discutido a propósito de las medidas establecidas por varios Estados europeos en materia

¹³⁷ *A, B and C v. Ireland* [GC], núm. 25579/05, § 235, TEDH 2010.

de libertad religiosa para manifestar las convicciones religiosas, materializadas tanto a través de la prohibición de utilizar el velo islámico en lugares públicos, como por medio de la exhibición del crucifijo en las escuelas públicas.

En primer lugar, el uso del velo islámico ha dado lugar a problemas de carácter educativo y laboral entre la comunidad musulmana que reside no sólo en Turquía sino también en otros Estados miembros del Consejo de Europa¹³⁸. La sentencia dictada en el año 2005 en *Leyla Şahin c. Turquía* constituye quizá el precedente más importante relacionado con el uso del velo islámico en una institución de enseñanza pública. El TEDH, en virtud de la noción del margen de apreciación nacional, ponderó si la reglamentación turca que impedía el uso del *yihab* en los recintos de educación universitaria constituía una restricción proporcionada al ejercicio del derecho reconocido por el Artículo 9 del Convenio de Roma, si bien la demandante había invocado con carácter supletorio el Artículo 2 del Primer Protocolo Adicional.

Tanto la Sala como la Gran Sala ofrecieron una respuesta contundente y uniforme, convalidando la reglamentación controvertida al considerar que ésta pretendía garantizar el laicismo, salvaguardar el orden público y respetar los derechos de quienes no profesan la religión musulmana¹³⁹. La prohibición de vestir el velo islámico dentro del recinto universitario se justificó como una restricción necesaria y proporcional por el significado político que éste había adquirido en Turquía, frecuentemente asociado con los movimientos integristas islámicos¹⁴⁰. Es por esto que la Gran Sala recordó que el objetivo de

¹³⁸ Ya en el año 1993 la CEDH se pronunció sobre la inadmisibilidad de una reclamación interpuesta por una estudiante universitaria turca a la que no se expedía su título universitario hasta que, en cumplimiento de los reglamentos vigentes, no entregara una fotografía donde no figurara usando el velo islámico. La Comisión entendió que la normativa controvertida suponía una restricción proporcionada del Artículo 9 del Convenio de Roma que pretendía preservar el carácter laico de la universidad, según reconocía la normativa universitaria turca: véase *Karaduman v. Turkey*, núm. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, Decisions and Reports 74, p. 108. Por otra parte, en *Dablab c. Suiza* se examinó al calor del Artículo 9 del Convenio de Roma el despido de una profesora de educación primaria que profesaba la religión musulmana y vestía el velo islámico mientras impartía sus clases. En una decisión dictada en el año 2001 el TEDH declaró inadmisibles esta demanda y, en virtud de la noción del margen de apreciación nacional, efectuó un juicio de proporcionalidad entre los intereses en presencia, confirmando el análisis realizado por los tribunales suizos, que habían dado preferencia al principio de laicidad en la educación pública, consagrado por la legislación suiza, sobre el derecho a la libertad de religión de la profesora, que en este caso además se pretendía expresar a través de lo que el TEDH calificó como un «external powerful symbol»: véase *Dablab v. Switzerland* (dec.), núm. 42393/98, TEDH 2001.

¹³⁹ *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], núm. 44774/98, § 116, TEDH 2005.

¹⁴⁰ *Leyla Şahin v. Turkey*, núm. 44774/98, § 109, TEDH 2004.

garantizar el pluralismo y la democracia conlleva, en ocasiones, restricciones en el catálogo de derechos reconocidos por el Convenio de Roma a una parte de los individuos del grupo social¹⁴¹.

Para adoptar esta decisión, además, la Sala había puesto de relieve que la reglamentación acordada por las autoridades universitarias, no obstante la prohibición impuesta, aseguraba el ejercicio de las prácticas religiosas de los estudiantes y extendía esta interdicción de manera generalizada sobre cualquier vestimenta religiosa¹⁴². Así las cosas, el Tribunal de Estrasburgo respetó el margen de apreciación de las autoridades turcas para adoptar medidas contra los movimientos políticos de carácter extremista y fue deferente con el sistema normativo que, interesa resaltar, habían avalado *ad intra* tanto el Tribunal Supremo Administrativo como el Tribunal Constitucional¹⁴³, las dos máximas instancias jurisdiccionales de Turquía con competencias en la materia¹⁴⁴.

En segundo lugar, la exposición del crucifijo en los lugares públicos –como las escuelas– también ha generado protestas por quienes desean que prevalezca el carácter laico de los Estados en todas las esferas de la actividad pública y demandan la absoluta separación entre la Iglesia y el Estado. *Lautsi y otros c. Italia*, donde la Gran Sala corrigió la decisión previamente emitida por la Sala y declaró que la exhibición del crucifijo en las escuelas públicas italianas no contraviene el Artículo 2 del Primer Protocolo Adicional, representa el precedente más destacado hasta la fecha. Su importancia como *leading case* reside en varios factores como la contundente enmienda –quince votos contra dos– realizada por la Gran Sala a la sentencia dictada –por unanimidad– por la Sala, así como el número de Estados miembros del Consejo de Europa¹⁴⁵ y

¹⁴¹ Como precisó la Gran Sala «Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (...) It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a ‘democratic society’»: véase *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], núm. 44774/98, § 108, TEDH 2005.

¹⁴² *Leyla Şahin v. Turkey*, núm. 44774/98, § 111, TEDH 2004.

¹⁴³ *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], núm. 44774/98, § 120, TEDH 2005.

¹⁴⁴ Una vez dictada esta sentencia, el TEDH ha mantenido y consolidado esta jurisprudencia: véanse *Köse and 93 Others v. Turkey* (dec.), núm. 26625/02, TEDH 2006; y *Dogru v. France*, núm. 27058/05, § 72, TEDH 2008.

¹⁴⁵ Los Estados miembros del Consejo de Europa que intervinieron apoyando de distinta forma los argumentos presentados por Italia fueron diez, a saber: Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.

organizaciones o asociaciones intervinientes¹⁴⁶ que presentaron alegaciones en el procedimiento.

La sentencia emitida por la Sala en *Lautsi c. Italia* asimiló la contundente doctrina jurisprudencial asentada por el TEDH en *Leyla Şahin c. Turquía*. En efecto, aunque el Consejo de Estado italiano había declarado la legalidad de la presencia de los crucifijos en las escuelas y su compatibilidad con el principio de laicidad, al interpretarlos no sólo como una figura religiosa sino también como un elemento que simbolizaba diversos valores de la sociedad italiana (entre otros las ideas de tolerancia, respeto mutuo, autonomía o libertad personal), la Sala subrayó el deber del Estado de mantener una posición de neutralidad respecto a todas las religiones con independencia de su carácter mayoritario o minoritario y, a partir de este argumento, afirmó que no entendía de qué manera la exposición de crucifijos «could serve the educational pluralism»¹⁴⁷. Antes al contrario, su presencia en todas las escuelas suponía, de la misma forma que el uso del velo islámico por parte de profesores y estudiantes en las escuelas turcas, un símbolo religioso integrado en el contexto escolar que ejercía una importante presión sobre los estudiantes que no profesaran mayoritariamente la religión católica¹⁴⁸. La decisión emitida por la Sala¹⁴⁹ se basó, por tanto, en una interpretación autónoma y muy contundente del significado que presenta la exhibición de crucifijos en las escuelas públicas italianas¹⁵⁰, contraria a la propuesta por el Consejo de

¹⁴⁶ Las organizaciones intervinientes fueron las siguientes: *Greek Helsinki Monitor*, *Associazione nazionale del libero pensiero*, *European Centre for Law and Justice*, *Eurojuris*, *International Commission of Jurist*, *Interights*, *Human Rights Watch*, *Zentralkomitee der deutschen katboliken*, *Semaines sociales de France*, *Associazioni cristiane lavoratori italiani*, además de un grupo de treinta y tres miembros del Parlamento Europeo.

¹⁴⁷ *Lautsi v. Italy*, núm. 30814/06, § 56, TEDH 2009.

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 55.

¹⁴⁹ Esta decisión ha ejercido cierta influencia en el ordenamiento español, por orden de publicación: véanse RUIZ-RICO RUIZ, G., «El ejercicio de la libertad religiosa en el sistema de enseñanza desde la reciente jurisprudencia constitucional e internacional», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 17, núm. 1 (2010), pp. 43-59, pp. 52-58; e IGLESIAS BERLANGA, M., «¿Crucifijos en las aulas? Asunto *Lautsi vs. Italia* (demanda n.º 30814/06). Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 2009», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20 (2010), pp. 1-13, pp. 5-7.

¹⁵⁰ Para una análisis interdisciplinar de la decisión adoptada por la Sala en la doctrina española, por orden de publicación: véanse LOZANO CONTRERAS, F., «TEDH – Sentencia de 03.11.2009, *S. Lautsi c. Italia*, 30814/06 – Artículo 9 CEDH – Protocolo n.º 1º – La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35 (2010), pp. 223-237; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., «El uso de símbolos religiosos en la escuela pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 17, núm. 1

Estado italiano¹⁵¹ y en línea con la doctrina sobre símbolos religiosos asentada en *Leyla Şahin c. Turquía*.

En la decisión emitida en el año 2011 para resolver el caso *Lautsi y otros c. Italia*, en cambio, la Gran Sala confirmó que los Estados miembros del Consejo de Europa disponen de un amplio margen de apreciación para desarrollar su obligación de proporcionar una educación conforme con las propias convicciones religiosas y filosóficas¹⁵², en cumplimiento del Artículo 2 del Primer Protocolo Adicional¹⁵³. Sin perjuicio de que la Gran Sala admitiera que la presencia de crucifijos en las escuelas significaba «above all» un símbolo religioso¹⁵⁴, la sentencia se centró en analizar el efecto generado por esta exhibición. Este enfoque había sido adoptado por el TEDH para afirmar que la restricción de vestir el velo islámico impuesta por las autoridades universitarias turcas tenía como efecto el mantenimiento del orden público, al haberse demostrado la vinculación con el integrista islámico que esta vestimenta había adquirido en Turquía¹⁵⁵. Con arreglo a este análisis la Gran Sala pudo comprobar que, a diferencia del escenario dispuesto en *Leyla Şahin c. Turquía*, la presencia de los crucifijos no generaba ningún efecto –o presión¹⁵⁶, siguiendo los términos de la Sala– sobre los estudiantes. Descartados estos efectos, el Tribunal de Estrasburgo optó por incluir la decisión de mantener o eliminar los crucifijos de las escuelas públicas dentro del margen de apreciación del Estado italiano con arreglo a dos argumentos esenciales. A diferencia de otros «powerful external symbols» como el *yihab*, el crucifijo constituía un «passive symbol» cuya exposición otorgaba a la religión católica –mayoritaria en Italia– un lugar

(2010), pp. 321-347, pp. 342-343; y RELAÑO PASTOR, E., «El asunto del crucifijo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: hacia una solución de compromiso», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII (2011), pp. 393-431, pp. 417-426.

¹⁵¹ La posición del TEDH se resume en una frase en la sentencia de la Sala donde indica que «In the Court's opinion, the symbol of the crucifix has a number of meanings among which the religious meaning is *predominant*»: véase *Lautsi v. Italy*, núm. 30814/06, § 51, TEDH 2009 (cursiva añadida).

¹⁵² *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, § 61, TEDH 2011.

¹⁵³ Una horquilla de apreciación que oscilaría entre la prohibición de adoctrinar a los estudiantes (*Folgerø and Others v. Norway* [GC], núm. 15472/02, § 84, TEDH 2007) y la imposibilidad jurídica que tienen los padres de exigirle al Estado que proporcione una determinada forma de educación (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 53, Series A, nº 23).

¹⁵⁴ Nótese que ya no se utiliza la expresión «predominant» empleada por la Sala: véase *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, § 66, TEDH 2011.

¹⁵⁵ *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], núm. 44774/98, §§ 108-109, TEDH 2005.

¹⁵⁶ *Lautsi v. Italy*, núm. 30814/06, §§ 50 y 54-55, TEDH 2009.

preponderante, pero no generaba efectos adoctrinadores ni discriminatorios sobre los estudiantes¹⁵⁷. La Gran Sala se desmarcaba con esta argumentación, menos contundente y poco persuasiva desde el punto de vista jurídico, de la concepción autónoma que la Sala había realizado del crucifijo y, en suma, avalaba la interpretación del significado del crucifijo realizada por el Consejo de Estado italiano.

A nuestro juicio, para comprender y entender plenamente este cambio de criterio tan notable hay que fijar la atención en el otro argumento esgrimido para justificar la invocación del margen de apreciación nacional. En efecto, la Gran Sala puso de relieve la ausencia de un *consensus generalis* entre los Estados acerca de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas¹⁵⁸, un argumento que debe analizarse al calor de las intervenciones de diez Estados miembros del Consejo de Europa en el procedimiento apoyando al Estado demandado. Además, afirmó que no se había llegado a un acuerdo en Italia sobre el significado del crucifijo, señalando a este respecto las decisiones contradictorias emitidas por el Consejo de Estado y la Corte de Casación, así como la existencia de un asunto todavía pendiente ante el Tribunal Constitucional por esta misma causa¹⁵⁹. Este escenario no recomendaba al Tribunal de Estrasburgo, en su condición de tribunal internacional (que no de tribunal constitucional), ofrecer una opinión autónoma sobre el significado del crucifijo, sino emitir una decisión aséptica y respetuosa con el principio de subsidiariedad¹⁶⁰. En otras palabras, entendió el TEDH que correspondía a Italia decidir el alcance de este expediente con plena soberanía y al margen de cualquier dictado impuesto desde Estrasburgo¹⁶¹.

¹⁵⁷ *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, §§ 71-74, TEDH 2011.

¹⁵⁸ La Gran Sala concluyó que «the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools (...) speaks in favour of that approach»: véase *ibid.*, § 70.

¹⁵⁹ Por orden de publicación: véanse PAREJO GUZMÁN, M.J., «Reflexiones sobre el asunto *Lautsi* y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37 (2010), pp. 865-896, p. 881; y SIMÓN YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a *Lautsi*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43 (2012), pp. 901-925.

¹⁶⁰ Así lo consideró la Gran Sala al afirmar que «It is nor for this Court to take a position regarding a domestic debate among domestic courts»: véase *Lautsi and Others v. Italy* [GC], núm. 30814/06, § 68, TEDH 2011.

¹⁶¹ Se ha defendido que la sentencia de la Sala constituye una «consistente llamada de atención para ponerse al día y adaptarse así a los tiempos del pluralismo, traduciendo a la realidad la efectiva

La ausencia de un pronunciamiento definitivo sobre el significado del crucifijo en el caso *Lautsi y otros c. Italia*, analizada desde el DI público, no debe concebirse con desazón, como una laguna en la jurisprudencia del TEDH¹⁶², ni como un factor que aporte inestabilidad al subsistema europeo de protección de los derechos humanos¹⁶³, aun cuando parte de la argumentación desarrollada por la Gran Sala, concretamente la que se refiere a los efectos del crucifijo, resulte poco persuasiva. Todo lo contrario, constituye un resultado ajustado a la naturaleza internacional del Tribunal de Estrasburgo y coherente con el papel que desarrolla la noción de consenso, entendida desde una perspectiva material, en el ordenamiento jurídico internacional¹⁶⁴. En las decisio-

superación de la confesionalidad del Estado, como de hecho consagran los actuales sistemas constitucionales y, entre ellos, sin duda, el italiano»: veáse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Estudios sobre libertad religiosa*, Madrid, Reus, 2011, p. 252. Sin perjuicio de lo anterior, en *Lautsi y otros c. Italia*, la Gran Sala sostuvo que debe ser la propia sociedad italiana, a través de sus instituciones, quien concrete esta actualización.

¹⁶² LUGATO, M., «Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIII, núm. 2 (2010), pp. 402-420, p. 418.

¹⁶³ LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, J., «Educación y valores en el marco europeo (del asunto *Hoffmann c. Austria* al asunto *Lautsi c. Italia*)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 17, núm. 1 (2010), pp. 221-243, pp. 240-241.

¹⁶⁴ En este sentido, reflexionando de manera desapasionada, creemos que tienen escasa relevancia las lecturas que tratan de explicar la decisión adoptada por la Sala en *Lautsi c. Italia* a partir del papel desarrollado por los «profesores» que integraron la Sala: véase BORREGO BORREGO, J., «Estrasburgo y el crucifijo en las escuelas», *Diario El Mundo*, de 17 de diciembre de 2009 <<http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/12/21559042.html>>. La distinción entre «profesores» y «no profesores», entendemos, a estos efectos resulta inútil. En efecto, haciendo un examen reposado del curricula de los miembros de la Sala que participaron en *Lautsi c. Italia*, si bien es cierto que la mayoría habían desarrollado tareas docentes universitarias antes de ocupar su puesto en Estrasburgo, no lo es menos que sólo la juez de nacionalidad turca, Isil Karakas, puede acreditar una trayectoria académica vinculada al DI público. Consideramos que precisamente éste, la falta de expertos en DI público en un tribunal internacional como el TEDH, fue el hecho que verdaderamente motivó la contundente decisión adoptada contra Italia por la Sala, posteriormente corregida por la Gran Sala a través de la noción del consenso. La designación de los miembros de un tribunal internacional, no sólo del TEDH, es el producto, la mayoría de las veces, de complejas negociaciones entre los Estados y responde a intereses muy diversos. Como se reflexiona *infra* en las consideraciones finales, con el propósito de propiciar una jurisprudencia coherente y de evitar cambios jurisprudenciales extraños a la práctica de los Estados, resulta necesario establecer un equilibrio razonable entre iusinternacionalistas y juristas expertos en otras disciplinas (constitucionalistas y penalistas): véase *infra*, nota 173.

En el contexto de la actividad jurisdiccional de los tribunales internacionales, en todo caso, es importante que los profesores reserven sus lecciones para la cátedra y eviten, en la medida de lo posible, la tentación de dictarlas a través de opiniones disidentes y/o individuales: véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, núm. 1 (2011), pp. 29-54, p. 32. Asimismo, resulta necesario que aquellos altos funcionarios que han desarrollado gran parte de su trayectoria profesional

nes analizadas hasta ahora en este apartado, se aprecia cómo la ausencia de un consenso tendería a reforzar la noción del margen de apreciación nacional y, *a sensu contrario*, el consenso constituye un factor que propiciaría una interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos. En efecto, este *consensus generalis* se convierte en un elemento fundamental para arbitrar la evolución de los subsistemas regionales de derechos humanos.

3. *La dimensión formal del consenso como elemento integrador de la jurisprudencia regional de derechos humanos*

Como se advirtió en el primer apartado de la presente sección, la noción del consenso también tiene una dimensión formal en el DI público, vinculada a los procesos de formación de las normas en la estructura institucional del sistema internacional. Desde esta perspectiva, se aprecia cierta relación entre las resoluciones adoptadas por los órganos assemblearios del Consejo de Europa y la OEA y algunos desarrollos de la jurisprudencia regional de derechos humanos en ciertos sectores muy concretos, como el reconocimiento del principio de no discriminación en razón de la orientación sexual. En este sentido, cabe resaltar la importante actividad jurisprudencial llevada a cabo por los tribunales regionales de derechos humanos durante los últimos años para ampliar la esfera de protección jurídica de los transexuales y homosexuales.

En efecto, en *Goodwin c. Reino Unido* el TEDH renunció a aplicar el margen de apreciación nacional y reconoció el derecho de los transexuales tanto a modificar su inscripción registral de nacimiento como a contraer matrimonio¹⁶⁵. Un precedente de extraordinaria relevancia porque modificó sensiblemente la jurisprudencia que hasta ese momento había mantenido este órgano

recibiendo y ejecutando instrucciones de los Gobiernos, una categoría de profesionales que también suele frecuentar los tribunales internacionales, se desprendan, mientras ejercen las funciones jurisdiccionales, de la estricta disciplina jerárquica –situada en las antípodas del principio de independencia– que caracteriza su quehacer diario. Ésta era la situación, por ejemplo, retomando la composición de la Sala en *Lautsi c. Italia*, del Juez Cabral Barreto, antiguo miembro de la Procuración General de la República Portuguesa y agente portugués ante el TEDH, antes de ocupar el cargo de juez en el mismo tribunal. La labor del juez internacional, una vez que jura solemnemente su cargo, debe ser exclusivamente la de aplicar de manera independiente e imparcial el sistema de principios generales y normas convencionales y consuetudinarias que el ordenamiento internacional pone a su disposición.

¹⁶⁵ *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], núm. 28957/95, § 85, TEDH 2002.

respecto al derecho de aquel colectivo a modificar su inscripción registral de nacimiento¹⁶⁶, contraer matrimonio tras haberse sometido a una operación de cambio de sexo¹⁶⁷ y ser registrado civilmente como progenitor de un menor de edad¹⁶⁸. Las interacciones ejercidas por el proceso de integración europea, a través tanto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (Carta de Estrasburgo)¹⁶⁹ como de la jurisprudencia del TJUE¹⁷⁰, así como desde las propias instituciones del Consejo de Europa, mediante la Recomendación 1117 (1989) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de septiembre de 1989, allanaron el camino a la Gran Sala y facilitaron esta evolución en la jurisprudencia.

También se ha manifestado una tendencia similar en el subsistema interamericano, en un precedente relativo al ejercicio de la patria potestad por parte de homosexuales. En *Atala Riffo c. Chile* la Corte Interamericana declaró la violación del derecho a la vida familiar por las autoridades judiciales chilenas, después de que éstas hubiesen retirado la custodia sobre sus hijos menores a una lesbiana que convivía con otra mujer¹⁷¹. La CIDH realizó una interpretación evolutiva del derecho a la vida familiar, sobre la base de varias resoluciones de la Asamblea General de la OEA adoptadas por consenso¹⁷². Puede afirmarse, por consiguiente, que el TEDH y la CIDH han emprendido una interpretación evolutiva del Convenio de Roma y del Pacto de San José a partir de esta concepción formal del consenso en todo lo que se refiere al principio de no discriminación en razón de la orientación sexual, realizando una reseñable labor de integración jurídica de los derechos de los transexuales y homosexuales en ambos subsistemas regionales de derechos humanos.

¹⁶⁶ *Rees v. United Kingdom*, 17 October 1986, §§ 37 y 44, Series A, n° 106.

¹⁶⁷ *Cossey v. United Kingdom*, 27 September 1990, §§ 37, 40 y 46, Series A, n° 184.

¹⁶⁸ *X, Y and Z v. United Kingdom* [GC], núm. 21830/93, §§ 47-48, TEDH 1997.

¹⁶⁹ DO C 83 de 30 de marzo de 2010, p. 389.

¹⁷⁰ Sentencia TJUE de 30 de abril de 1996, *P. c. S. y Cornwall County Council* (Asunto C-13/94), *Recop.*, p. I-2143, apdo. 20.

¹⁷¹ *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C*, n° 239, párr. 86.

¹⁷² AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 8 de junio de 2010; y AG/RES. 2653 (XLI-O/11), «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», aprobada el 7 de junio de 2011.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La actividad desarrollada por el TEDH y la CIDH marca un hito en la protección internacional de los derechos humanos y sus sentencias constituyen precedentes de un extraordinario valor jurídico para el DI de los derechos humanos. Ambos órganos jurisdiccionales están integrados en Organizaciones internacionales de cooperación intergubernamental sometidas a las normas del DI público. Tanto en su estructura como en su proceso estos tribunales son tributarios de este ordenamiento jurídico. No constituyen, por tanto, tribunales constitucionales y sus decisiones no deben ser analizadas bajo este paradigma, sino como sentencias dictadas por tribunales internacionales¹⁷³.

La noción del margen de apreciación nacional es una herramienta de construcción pretoriana utilizada en los subsistemas regionales de derechos humanos para modular la tensión entre soberanía del Estado, subsidiariedad y protección de los derechos fundamentales. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, flexible y polisémico que presenta un complejo desarrollo teórico. Su aplicación por los tribunales regionales de derechos humanos no es fácil de predecir, porque se invoca a partir de una serie de factores intrínsecos, como la naturaleza jurídica de la obligación o el interés público o privado protegido. Además, esta noción se nutre de un elemento extrínseco que condiciona su aplicación, el consenso de los Estados partes del subsistema regional, entendido como un acuerdo general, refrendado por la práctica, que expresa un *consensus generalis* en torno a la existencia y obligatoriedad de una norma relativa a la protección de los derechos humanos.

¹⁷³ Esta condición internacional no se puede soslayar, aun cuando la presencia de iusinternacionalistas, al menos en el TEDH, tienda a reducirse. A fecha de 27 de agosto de 2013, del curricula abreviado que figura en el Sitio web del TEDH se puede concluir que sólo nueve de los cuarenta y siete jueces que componen este tribunal poseen formación en DI general, acreditada ya sea mediante un doctorado o mediante la docencia universitaria [Guido Raimondi (Italia), Ineta Ziemele (Letonia), Mark Villiger (Liechtenstein), Davíd Thór Björgvinsson (Islandia), Ledi Bianku (Albania), Isil Karakas (Turquía), Nebosa Vucinic (Montenegro), Linos-Alexandre Sicilianos (Grecia) y Hellen Keller (Suiza)]. Cabe esperar que un órgano de esta naturaleza, encargado de aplicar normas y categorías de DI público, mantenga una composición razonablemente equilibrada entre los iusinternacionalistas y otros expertos en disciplinas jurídicas como el Derecho constitucional o el Derecho penal. Un equilibrio que la Corte Interamericana, en cambio, se ha esforzado por cultivar. A fecha de 27 de agosto de 2013, del curricula abreviado que figura en el Sitio web de la CIDH se puede concluir que dos de los siete jueces que componen este tribunal poseen formación en DI general [Alberto Pérez Pérez (Uruguay) y Eduardo Vio Grossi (Chile)].

El análisis de la jurisprudencia internacional de ámbito universal y regional revela el carácter polivalente que puede asumir la noción del margen de apreciación nacional. En los subsistemas regionales de derechos humanos resulta una herramienta idónea, aunque imperfecta, para canalizar la dialéctica entre soberanía y cooperación intergubernamental presente en la estructura institucional del sistema internacional. En los subsistemas regionales de integración jurídica, como la UE, el margen de apreciación nacional permite a los Estados miembros de esta Organización internacional reconciliar las libertades reconocidas por el Derecho originario con los derechos fundamentales, ampliando eventualmente el ámbito de aplicación de estos últimos. Cabe considerar con mucha cautela la extensión de este concepto jurídico, por analogía, hacia otros sectores del ordenamiento internacional, menos integrados como la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y las decisiones emitidas por algunos tribunales que resuelven arbitrajes de inversiones.

Los subsistemas regionales de derechos humanos precisan de mecanismos que permitan adaptar constantemente su contenido a las necesidades del grupo social donde se aplican. La noción del consenso representa no sólo un factor extrínseco esencial para comprender y dar sentido a la aplicación del margen de apreciación nacional, sino que constituye a su vez un elemento que tutela los procesos de evolución normativa tanto en el DI general como en el DI de los derechos humanos europeo y americano¹⁷⁴.

El TEDH y la CIDH han adoptado un enfoque consensualista para disciplinar la interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos. Desde este enfoque, en clave material, la constatación de un *consensus generalis* permite vertebrar la protección conferida a los particulares¹⁷⁵, ampliando el alcance de las obligaciones que corresponden a los Estados miembros del Consejo de Europa y la OEA. Por el contrario, cuando no se predica aquel *consensus generalis*, los tribunales regionales de derechos humanos adoptan posiciones más deferentes con la soberanía estatal, apelando al margen de apreciación nacional. Desde un enfoque consensualista, en clave formal, el consenso también ejerce un papel esencial en la apertura del catálogo de dere-

¹⁷⁴ HELFER, L.; SLAUGHTER, A.-M., «Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication», *The Yale Law Journal*, vol. 107 (1997), pp. 273-391, p. 317.

¹⁷⁵ LAMBERT, P., «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation...*, *op. cit.*, pp. 63-89.

chos fundamentales reconocidos a los particulares¹⁷⁶, desarrollando nuevos derechos a medida que se constata un acuerdo general de los Estados miembros en el seno de las instituciones políticas de las Organizaciones internacionales.

Para comprender el significado de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en definitiva, resulta necesario examinar la incidencia que ejerce la voluntad de los Estados¹⁷⁷, manifestada a través de su práctica. El concepto de consenso contribuye a explicar el funcionamiento de la noción del margen de apreciación nacional, manifestándose como una herramienta al servicio del principio de subsidiariedad y basada en el carácter voluntarista relativista del DI público.

¹⁷⁶ SWEENEY, J.A., «Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pp. 459-474, pp. 467-474.

¹⁷⁷ PELLET, A., «Human Rightism and International Law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. X (2000), pp. 1-17, pp. 16-17.