

EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN
Y SUS LÍMITES EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

FRANCISCO R.
BARBOSA DELGADO

**EL MARGEN NACIONAL DE
APRECIACIÓN Y SUS LÍMITES
EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:**
ANÁLISIS COMPARADO DE LOS SISTEMAS EUROPEO
E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Barbosa Delgado, Francisco R.

El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos / Francisco Barbosa Delgado. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

543 p.; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 978958710782 1

1. Derecho público 2. Libertad de palabra 3. Democracia 4. Estado de derecho 5. Derecho internacional humanitario 6. Derecho comparado I. Universidad Externado de Colombia II. Título

340.13

SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Septiembre de 2012

ISBN 978-958-710-782-1

© 2012, FRANCISCO BARBOSA DELGADO

© 2012, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (571) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: abril de 2012

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Fidel Robayo Moya

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	9
AGRADECIMIENTOS	15
PRESENTACIÓN	
<i>Dra. Laurence Burgorgue-Larsen</i>	19
PREFACIO	
<i>Dr. Jacques Fialaire</i>	21
INTRODUCCIÓN	25

PRIMERA PARTE

El margen nacional de apreciación y sus límites intrínsecos frente a la libertad de expresión

Título I	
El margen nacional de apreciación y sus límites internos.	39
Capítulo I	
El margen nacional de apreciación y su construcción en el marco de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.	41
Capítulo II	
Limitaciones del margen de apreciación del estado, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos.	105
Título II	
El margen nacional de apreciación: límites sustanciales frente a la libertad de pensamiento y expresión.	153
Capítulo I	
La libertad de pensamiento y expresión y su fundamentación dentro de la teoría jurídica.	155
Capítulo II	
Límites generales, restricciones indirectas y censura a la libertad de expresión en el marco de la doctrina del margen de apreciación.	189

SEGUNDA PARTE

El margen nacional de apreciación y sus límites extrínsecos frente a la libertad de expresión

Título I	
Relaciones desde el punto de vista procedimental entre el Estado y el juez internacional de los derechos humanos, fundadas en el principio de subsidiaridad.	267

Capítulo I	
Condicionamientos procedimentales generales al juez internacional de los derechos humanos por parte de los tratados: ampliación del margen nacional de apreciación.	277
Capítulo II	
Condicionamiento material específico al Estado por parte del juez regional de derechos humanos: disminución del margen nacional de apreciación frente a la libertad de pensamiento y expresión.	331
Título II	
El margen nacional de apreciación y sus límites jurisprudenciales en la libertad de expresión: perspectiva comparada entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.	375
Capítulo I	
Las tensiones entre la libertad de expresión y el interés concreto dentro de la libertad de expresión.	377
Capítulo II	
Las tensiones entre los intereses jurídicamente protegidos y los intereses abstractos dentro de la libertad de expresión.	415
CONCLUSIÓN GENERAL	453
BIBLIOGRAFÍA	459
ANEXOS	505

ABREVIATURAS

AJDA:	Actualidad jurídica – Derecho Administrativo
AJIL:	American Journal of International Law
AV:	Avis consultatif – opinión consultiva
CADH:	Convención Americana de derechos humanos
CDA:	Carta democrática interamericana
CDHNU:	Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas
CE:	Consejo de Europa
CEC:	Consejo de Estado Colombiano
CEF:	Consejo de Estado Francés
CECM:	Centro de estudios constitucionales de Madrid
CEDH:	Convención de salvaguarda de derechos humanos y libertades fundamentales
CEJIL:	Centro de estudios jurídicos de Derecho Internacional
CL:	Cámara de los Lores – (Reino Unido)
CIJ:	Corte Internacional de Justicia
CIT:	Convención Interamericana contra la Tortura
Com DESC:	Comité de derechos económicos, sociales y culturales
Com EDH:	Comisión europea de derechos humanos
Com IDH:	Comisión Interamericana de derechos humanos
Com DH:	Comité de derechos humanos de Naciones Unidas
Corte CC:	Corte Constitucional de Colombia
Corte IDH:	Corte Interamericana de derechos humanos
TEDH o Corte EDH:	Tribunal o Corte Europea de derechos humanos
Corte JCE:	Corte de justicia de las comunidades europeas
Corte PIJ:	Antigua Corte Permanente internacional de justicia
Corte SA:	Corte Suprema de justicia de Argentina
Corte SM:	Corte Suprema de justicia de México
CPI:	Corte Penal Internacional
CPF:	Constitución Política de la v República en Francia
CREDHO:	Centre de recherches et d'études sur les Droits de l'homme et le droit humanitaire (Centro de investigaciones y estudios sobre los derechos humanos y el derecho humanitario)
CSEU:	Corte Suprema de los Estados Unidos de América
CV:	Convención de Viena sobre el derecho de tratados
DELDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos

DADH:	Declaración Americana de derechos y deberes del hombre
DR:	Conjunto de decisiones y reportes de la Comisión Europea de derechos humanos
DPLE:	Declaración de principios sobre la libertad de expresión
DE JUSTICIA:	Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad
Edit:	Casa de Edición
FCE:	Fondo de Cultura Económica de México
FLACSO:	Facultad latinoamericana de ciencias sociales en América Latina y el Caribe
IIDH:	Instituto Interamericano de derechos humanos
LGDJ:	Librería general de derecho y jurisprudencia
LPA:	Les pétites affiches
ONG:	Organizaciones no gubernamentales
ONU:	Organización de Naciones Unidas
OEA:	Organización de Estados Americanos
PNUD:	Programa de Naciones Unidas para el desarrollo
PIDCP:	Pacto Internacional de New York relativo a los derechos civiles y políticos
PPPIDCP:	Protocolo facultativo de derechos civiles y políticos
PIDESC:	Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
PUAM:	Prensas universitarias de Aix-Marsella
Protocolo de San Salvador:	Pacto interamericano de derechos económicos, sociales y culturales (OEA)
Protocolo de Belen do Para:	Pacto de derechos para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer (OEA)
PUG:	Prensas universitarias de Grenoble
PUR:	Prensas universitarias de Rennes
RAPP:	Informes de la Comisión EDH y de la Comisión EDH de derechos humanos
REBDH:	Revista Estudios Básicos de Derechos Humanos del Instituto Interamericano de derechos humanos.
RDH:	Revista de derechos del hombre
RDM:	Revista de derecho de McGill
RGDIP:	Revista general de derecho internacional público
RSC:	Revista de ciencia criminal y de derecho penal comparado

RUDH:	Revista universal de derechos del hombre
RTDH:	Revista trimestral de derechos del hombre
SFDI:	Sociedad francesa por el derecho internacional
ECIJ:	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
TGI:	Tribunal de gran instancia
TIAR:	Tratado interamericano de asistencia recíproca
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la ciencia, la educación y la cultura
UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México

“On ne peut contester à un être intelligent l’usage de son esprit, de son jugement et de sa raison. Le droit de communiquer à autrui ce que l’on pense et ce que l’on veut est attaché à la nature d’un être sociable. Tout homme peut donc penser, parler et écrire librement”

JEAN ÉTIENNE MARIE PORTALIS
(1797 – Séance du Conseil des Anciens)

Este largo camino comenzó en el mes de septiembre de 2007 en la ciudad de Nantes (Francia). Un año antes había iniciado mi periodo de preparación para el viaje, gracias a una conversación con mi amigo y también Doctor en Derecho Público de la Université de Nantes, GUSTAVO QUINTERO, quien me dio las coordenadas de mi director de tesis y me cambió la vida y, con ello, la de mi familia. Una vez lograda la aceptación del proyecto de tesis por parte de mi director y la consecución de una beca, se inició un trabajo que duró cuatro años y que concluyó con la elaboración de mi tesis doctoral con la cual obtuve el título de “docteur en droit public” de la Université de Nantes.

Fue un tiempo en el que mi familia y yo vivimos grandes satisfacciones en un país que nos abrió sus puertas de civilización y cultura y nos permitió apropiarnos de su idioma, de sus letras, de sus lugares y de su pensamiento. Francia y su gente están en mi cabeza y mi corazón. Palabras que vienen y van como la Loire, Vertou, St. Martin, el Rayo, Basse-Goulaine, pollitos, 2 quai de la jonelière, Atlantis, IKEA, Rose, Pornic, Pornichet, La Baule, St. Honoré, le Chateau y su princesse charmante, Jardin de Plantes, l’escalier en colimaçon, la Sèvre, l’Erdre, 51 rue de la rousselière, parc de la morinière, la chapelle sur l’erdre, Creperie “Grand Mère Agustine”, la rue de la juiverie, L. Coiffard, Modiano, Amorino en la place du pilori, 8 mai, poisson en plastique, fêtes de cerices y facultés, etc.; pueblan mi memoria.

Este libro que se presenta, surge de mi trabajo doctoral, por lo que en principio quisiera agradecer a mi maestro, amigo y profesor JACQUES FIALAIRE por haber aceptado la dirección de la tesis, por la confianza que depositó en mi trabajo, por su apoyo en los momentos difíciles, cuando el espíritu comienza a flaquear, y por su amistad sin falla.

A mi amiga y colega LAURENCE BURGORGUE- LARSEN que no solo presenta este libro, sino que desde aquel café en el Marais de la “douce” Paris, ha afianzado una amistad de la cual me enorgullezco. Gracias por los consejos, la energía y por darme a mi y a familia tantas buenas reflexiones y momentos de vida.

Igualmente, quiero agradecer de manera sincera a la Organización Alban de la Comisión Europea por haberme otorgado una beca completa para la realización de mi doctorado y por escogermme, entre los múltiples becarios, para presentar mi trabajo durante la tercera conferencia ALBAN que se realizó en la hermosa y enigmática ciudad de Porto en Portugal, durante el mes de junio de 2009.

En idéntico sentido, quiero agradecer a la Fundación Colfuturo en Colombia que me concedió una Beca-crédito, lo que permitió terminar mi trabajo de investigación y la redacción de la tesis en buenas condiciones. Al Asser Institute

en Holanda, por haberme concedido en el año 2007 una beca para participar en el curso de derecho internacional de derechos humanos que se impartió en La Haya (Holanda), Leuven (Bélgica) y Strasbourg (Francia) y al Poznan Institute of Human Rights de Polonia por concederme una beca para participar en el “International human rights course” que se realizó en Poznan (Polonia) en el mes de septiembre de 2008.

Mi trabajo en Nantes estuvo marcado por la comprensión y la amistad de mis colegas en la Universidad, en especial, en mi trabajo de investigación en el “Laboratoire de droit et changement social” (DCS) de la facultad de derecho. Por ello un abrazo a todos, en especial, a STEPHANIE MORANDEAU, quien discutió conmigo parte de los ejes de mi trabajo, a MARIE CHRISTINE MACÉ por su amabilidad permanente, a FRANÇOISE VIGOUROUX por su gentileza y amistad. A MARIE GRAUX por su entera disponibilidad en la biblioteca durante mis largas jornadas investigativas en la BU de la Université de Nantes. Al señor JOHN TOLAN, director de la Maison de Sciences de l’homme en Nantes por otorgarme una oficina de trabajo que me permitió finalizar la redacción de mi tesis. Nunca olvidaré la vista de mi oficina sobre “la Loire” que me traía a la memoria las narraciones mágicas y poéticas de JULIAN GRACQ sobre ese gran río.

A DIDIER DELORME, ANA CONDE y ANNABELLE JOULIN con quienes colaboro de forma anual a través de una cátedra en la Université de Nantes (sede Roche-sur-Yon).

A mis amigos de Nantes, ANGÉLIQUE, HARRIET, HERVÉ, CARINE, FRANK, FRANÇOISE, LIONEL, PHILIPPE, DOMINIQUE, JOSÉ LUIS, SYLVIE, GWEN, ERWAN, PIERRE, ANNE-CLAIRE, VLAD y MATHILDA y en especial, a LILI, a mi gran amigo DIDIER, YESID, MARGUI y el gran ALEXIS. A DENISE, gran amiga y hermana de este proceso. Mi familia te quiere tanto...

A mi regreso de Francia, pude en la Universidad Externado de Colombia continuar mi proceso de reflexión sobre lo escrito en este libro, ahondando algunas ideas y verificando nuevas reflexiones en el momento de la traducción de esta contribución académica. Por ello, quiero agradecer de forma sincera y honesta al maestro y rector de la Universidad Externado, Dr. FERNANDO HINESTROSA por su confianza, por creer en mi trabajo y en mi familia. Nunca olvidaré sus palabras entusiastas. Estar en la Universidad Externado es un hecho que me honra y me llena de orgullo. Durante la redacción de estas palabras el maestro Hinestrosa murió. Dedico este trabajo a su memoria. Aquí está lo que tanto discutimos, Maestro.

A mis colegas del Departamento de Derecho Constitucional con quienes he aprendido tanto en el transcurso de este año y medio. Muchas gracias. A NÉSTOR OSUNA, por su amistad y su confianza en mi trabajo. A mis amigos WILFREDO,

JOSÉ y ALEJO, gracias. A la Dra. EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, gracias por las horas de discusión y reflexión jurídica.

A PATRICIA y LUZ MARINA, mil gracias por ser el eje del departamento.

Por último, a Walfa y a mi Sofía con quienes hemos vagabundeado en un mundo lleno de murmullos, de suspiros y de música de alas y con quienes hemos repetido las dos máximas de Facundo consistentes en que *“la vida es aquí y ahora mismo”* y que *“la felicidad es nuestro color de identidad”*.

La comparación es un arte difícil. Comparar no es yuxtaponer, es entrelazar, cruzar para lograr integrar. Este ejercicio implica una gran astucia analítica. Como es complejo su resultado, cuando se realiza con éxito, es uno de los más productivos, pues la comparación evidencia la inteligibilidad de las cosas.

El libro de FRANCISCO BARBOSA DELGADO, producto de su tesis doctoral sustentada en la Université de Nantes en Francia, se enfocó en un delicado esfuerzo comparativo con el fin de hacer descubrir al lector las similitudes y las diferencias que enlazan los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

Tal empresa está bien lograda. De un lado, la investigación de juristas latino-americanos relativa al “sistema de San José” se ha profundizado y enriquecido considerablemente desde hace varios años. El debate sobre “el control de convencionalidad” inducido por la jurisprudencia de la Corte interamericana es el mejor ejemplo. Los estudios han dejado de ser una simple descripción para ser analíticos y críticos, lo que testimonia una vitalidad intelectual.

Partiendo incluso de si el sistema convencional europeo continúa siendo estudiado y analizado en el seno del continente americano, la actividad de los órganos interamericanos (Comisión y Corte Interamericana) encuentra un lugar en los actuales estudios jurídicos en el marco de cada Estado-parte.

De otro lado, los juristas del “viejo continente” comienzan a interesarse *estando, en algunas ocasiones, fascinados*-, por el sistema interamericano de derechos humanos. Se desplazan hacia el occidente, hacia “*el nuevo mundo*” para enriquecer su investigación exclusivamente marcada en los últimos años sobre el sistema de Estrasburgo. Toman la medida de la extrema vitalidad de un sistema que debe enfrentar múltiples desafíos. Todos los ingredientes, entonces, están reunidos para que los estudios comparativos puedan desarrollarse y permitan que la riqueza de experiencias de los dos continentes pueda ser compartida para ser discutida en el sentido noble del término.

La investigación del autor se inscribe en esta ebullición intelectual. FRANCISCO BARBOSA DELGADO articula un estudio comparativo alrededor de una noción y de una libertad: el margen nacional de apreciación de un lado y la libertad de expresión del otro. Su mérito es muy importante por la complejidad de los elementos bajo análisis. El primero esta históricamente ligado a la historia de la Convención Europea de derechos humanos y a la manera como el juez de Estrasburgo lo ha convertido en un instrumento para moderar la soberanía de los Estados. Esta noción ha sido el centro de numerosos estudios en Europa, tanto técnicos como analíticos, como los realizados por la Profesora MIREILLE

DELMAS- MARTY que la utilizó como elemento central de su teoría denominada “pluralismo ordenado”. Esta noción no ha sido tan desarrollada en el sistema interamericano.

El debate está, de lejos, vivo sobre la pertinencia de utilizar “el margen nacional de apreciación” como un parámetro de referencia interpretativa tan riguroso como en Europa: los contextos no son los mismos e ignorar ese hecho —*acordando más latitud a los Estados parte de la Convención Americana de derechos humanos donde el reino de la ley es aún frágil*— no permitiría avanzar sobre la vía de un mejoramiento sustancial del Estado de derecho en el seno de las Américas. Es en este punto, donde se evidencia la dificultad del comparatista, que debe navegar en el seno de los sistemas que, a pesar de ser creados con el objetivo de erradicar toda huella de la “razón de Estado”, no evolucionan del mismo modo dentro de ambientes políticos y sociales heterodoxos.

La libertad de expresión —*segundo eje de la comparación realizada por el autor*— es uno de los pilares de los regímenes democráticos desde que estos aparecieron en la historia, puesto que suprimir la palabra es el origen y principio del autoritarismo...

Era necesaria una gran cultura para abordar el derecho a la libertad de expresión con altura y distancia. Ese es el caso de FRANCISCO BARBOSA DELGADO, que maneja los autores clásicos, como las referencias contemporáneas, con una facilidad y habilidad desconcertantes. Es necesario decir que el autor no es solo un jurista. Es igualmente historiador, lo que le da al libro un matiz muy particular en el desarrollo de sus ideas. Debe añadirse que el autor sabe profundizar en la técnica de las interpretaciones pretorianas de las dos Cortes de protección de derechos humanos, así como utilizar el pensamiento de los más importantes autores al servicio de un análisis histórico-político.

Que los enamorados de la comparación y de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos disfruten con fruición de este estudio denso que plantea una pregunta vital y mayor para toda sociedad democrática: ¿hasta qué punto y en qué condiciones los Estados pueden restringir los derechos garantizados sin privarlos de su sustancia?

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

Jurado de la tesis doctoral de FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO

Si pudiéramos catalogar la tesis de FRANCISCO BARBOSA, diríamos que podría enriquecer una biblioteca de derecho internacional de derechos humanos en sus estantes de derecho comparado y de teoría jurídica.

La ambición comparativa es manifiesta. Aparece en el examen mismo del título de la tesis “El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”. Un título como ese, puede ser solamente parte de un estudio de derecho comparado del que el autor no se sustrae.

La arquitectura del libro plantea la trama de su desarrollo. Partiendo de una confrontación de la teoría del margen nacional de apreciación frente a las competencias recogidas por las jurisdicciones internacionales de los derechos humanos, FRANCISCO BARBOSA despliega un fino y sutil análisis de la jurisprudencia de los dos sistemas regionales, haciendo surgir las diferencias en el alcance de la noción “margen nacional de apreciación” (MNA). Así, establece, partiendo de un marco jurídico común surgido de las jurisprudencias de las Cortes europea e interamericana, distinguiendo la emisión de discursos que emergen de las “declaraciones factuales” o de los “juicios de valor”, una particularidad del sistema interamericano según la cual “*la persona afectada debe probar la mala fe del emisor de la declaración factual, teniendo en cuenta la doctrina de la real malicia*”, exigencia que no se encuentra en el sistema europeo.

Varios límites debieron establecerse para tratar el tema de este libro, debido a la amplitud de la jurisprudencia estudiada. FRANCISCO BARBOSA supo convencer a su director de tesis que el campo de estudio del MNA se limitara a la protección de la libertad de expresión. Esta postura temática puntual presenta un importante interés epistemológico. El análisis comparativo gana en pertinencia cuando los objetos ponderados presentan ciertas analogías originales. El autor lo confirma cuando indica que: “*tanto la Corte IDH, como el Tribunal EDH han tomado en consideración que la libertad de expresión tiene un interés colectivo que debe ser protegido y respetado dentro de la sociedad*”.

El MNA, noción central de la tesis, nos reenvía de forma recurrente a la opción escogida por la jurisprudencia internacional, confiriendo a las autoridades estatales un poder parcial de interpretación del sentido dado a un concepto creado por una norma internacional. Así, para la jurisprudencia europea “*el punto de partida del derecho a la vida pertenece al margen nacional de apreciación de los Estados*” (TEDH, 10 de abril 2007, *Evans c. RU, req. n.º 6339/05*). Con esta noción se constata un instrumento de medida de la autonomía dejada al dere-

cho nacional frente a las normas internacionales de protección de los derechos humanos: derecho internacional versus sistemas políticos nacionales.

Pero seamos osados y planteemos la siguiente pregunta: ¿Existe en este tema un campo de estudio para una tesis doctoral en derecho? Una corriente doctrinal estima en efecto que la noción del MNA es difícilmente conceptualizable en el campo jurídico. En ese sentido, dentro de la literatura jurídica francesa puede leerse que: “ (...) *la definición del margen nacional de apreciación de los Estados y, de manera subsiguiente, de la intensidad del control del TEDH, reposa sobre una jurisprudencia bastante errática de suerte que es fallida por tener una visión lineal*” (X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 286).

El hecho que la noción de MNA no sea tratada en otros lugares y, particularmente, en los manuales franceses clásicos de derechos fundamentales, permite pensar que los autores no le encontraron una verdadera sustancia jurídica o, por lo menos dudaron de su existencia. FRANCISCO BARBOSA hizo una apuesta teórica contraria, sosteniendo que el panorama jurídico del margen nacional de apreciación, se concretiza y se aleja de las críticas que de forma recurrente ha recibido por su ausencia de contenido. Y, en el marco de esa idea, el autor se emplea utilizando un perfecto razonamiento deductivo para demostrar la validez de sus hipótesis.

La originalidad de la tesis se encuentra en la manera como el MNA es abordado. Es así como los desarrollos y sus factores son tratados con claridad. La tesis nos confirma la idea de que este margen es más fuerte en donde sean más intensas las variaciones de las tradiciones jurídicas nacionales o donde se reúnan las condiciones para que un Estado declare un derecho de excepción (art.15 de la CEDH). Del mismo modo, es evocado en la tesis el rol de guardián de la racionalidad y el discurso que tiene el principio de proporcionalidad. Pero el autor va más allá demostrando que esta noción existe en el marco de los debates alrededor del universalismo, el pluralismo y la globalización de los derechos humanos.

La discusión es rigurosa. Lejos de considerar que la noción del MNA traduce una aproximación relativista del resorte de la filosofía universalista de los derechos humanos, FRANCISCO BARBOSA plantea una teoría “contextualizadora” del MNA. Para el autor “ (...) *en caso que no exista un consenso sobre una tensión de derechos que se debata en el seno de las Cortes, se reconoce un margen de apreciación al Estado que permite la multiplicidad de opciones de interpretación de los derechos a nivel estatal, siempre y cuando, con ellos no se desconozca el objeto y el fin de los tratados*”. Debemos reconocer que este ensayo de conciliación de teorías en favor del universalismo y el relativismo es tremendamente seductor.

Esta tesis se inscribe de forma definitiva en su tiempo. Un elemento de modernidad aparece detrás de la evocación de la perspectiva global de los derechos humanos. Hábilmente, FRANCISCO BARBOSA invierte la noción, dándole una fuerza explicativa del movimiento de compenetración entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos nacionales. No era evidente en el libro que se prologa, la relación entre la noción del MNA y el procedimiento que se realiza ante las Cortes regionales de derechos humanos. El autor se arriesga en él a través del “*principio de subsidiaridad procedimental*”, consistente en una extensión del margen nacional de apreciación que conserva el Estado; a lo cual agrega un “*principio de subsidiaridad material*” que añade al principio de proporcionalidad. Frecuentemente soslayada, la noción de subsidiaridad encuentra en los escritos de FRANCISCO BARBOSA un sustrato jurídico que se afirma.

La tesis de FRANCISCO BARBOSA pudo, en sus inicios, haber planteado reservas en las riberas europeas del Atlántico. Pero lleno de fe en la idea de un progreso constante de la humanidad a través de la profundización de mecanismos de protección de los derechos humanos, el autor se dispuso a ampliar el perímetro de los “derechos intangibles” reconocidos sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos, sin afectar con su argumentación esencialmente su contenido.

Un paso ha sido superado en la obra de FRANCISCO BARBOSA que prosigue una obra doctrinal desde hace 10 años. En la obra que precedió a la obtención de su título de “*docteur en droit public*” con una mención “très honorable” de la Université de Nantes, “*Litigio Interamericano- Perspectiva jurídica del sistema de protección de Derechos Humanos*”, el autor realizaba un primer análisis de las fuentes y del contenido de la Convención americana.

Prefigurando una de las ideas directrices de la tesis, FRANCISCO BARBOSA indicaba, citando a la Corte IDH que “*debe existir un equilibrio entre los derechos y los deberes*”, *los cuales fundan las limitaciones dadas en el ejercicio de los derechos, las nociones de “bien común” y de “ejercicio efectivo de la democracia representativa”* (F. BARBOSA, *Litigio Interamericana*, Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá). Consolidando esta opinión, el autor sostiene en el presente texto, que por el lugar que ocupan dentro de los fundamentos históricos de los sistemas de protección de derechos humanos “*la democracia es una condición necesaria para que el Estado pueda ejercer de manera adecuada su margen nacional de apreciación*” .

Hay tesis que por los méritos que le confieren al autor, le procuran elogios de sus pares, saludando el aporte al enriquecimiento de la doctrina jurídica. Este seguramente es el caso de FRANCISCO BARBOSA. También existen otros elementos que son tenidos en cuenta de forma adicional y que alimentan la profunda estimación del profesor que lo acompañó en su camino doctoral.

Los éxitos del alumno honran también a su maestro. El libro de FRANCISCO BARBOSA es de aquellos logros que nos permiten comprender que la apertura de ideas y pensamientos es una característica de una democracia en el sentido moderno del término.

JACQUES FIALAIRE

Professeur de droit public de la Université de Nantes,

Director del “Laboratoire de Droit et changement Social” UMR CNRS 3128.

Director de la Tesis doctoral de FRANCISCO BARBOSA DELGADO

La doctrina del margen nacional de apreciación fue construida por la jurisprudencia del Tribunal EDH. Por esa vía, su influencia llegó al sistema interamericano de derechos humanos. Su estudio ha estado enmarcado por la ambigüedad. Para los defensores del derecho constitucional es el producto de la existencia del Estado y la consecuencia de su autonomía. Para los internacionalistas es un concepto residual que posee el Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Más allá de esta sempiterna discusión, en el presente libro se pretenderá determinar los límites de ese margen de apreciación a partir de la relación que surge entre esta acción hermenéutica del Estado y los derechos fundamentales. En este caso, el derecho que se analizará a la luz de ese margen de apreciación es la libertad de expresión, que juega un rol esencial en la existencia de los sistemas de protección de derechos humanos y se constituye en el fundamento de la sociedad democrática.

Para efecto de abordar el presente trabajo, esta introducción se dividirá en dos partes. En la primera se realizarán algunas precisiones conceptuales en torno a la “doctrina del margen nacional de apreciación” y a la libertad de expresión. Mientras que en la segunda, se formularán unas precisiones metodológicas, dentro de las cuales se delimitará el campo de estudio, el método utilizado, el interés del tema abordado y, por último, el plan de la tesis.

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

Para efectos de explicar los lugares conceptuales desde donde se ubicará el presente libro es necesario abordar dos conceptos esenciales. El primero, es la doctrina del margen nacional de apreciación¹ y, el segundo, es la libertad de expresión. Aunque tanto el uno como el otro se estudiarán a profundidad en este documento, es importante mostrar los alcances que para efecto de este trabajo tendrán. Esto permitirá delimitar el objeto de estudio dentro de una órbita lógica y racional.

1 M.-L. MATHIEU-IZORCHE, “La marge nationale d’appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ?”, RSC 2006, n.º 1, p. 25.

A. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

En general, la noción de “margen” tiene relación con aquello que no se encuentra en el centro, que es periférico. El margen nacional de apreciación, por el contrario a esa definición, tiene algo de contradictorio y paradójico en su contenido. En primer lugar, ni se encuentra al margen de algo, ni es periférico. El margen nacional de apreciación, por el contrario, se ubica en el centro del Estado, toda vez que es una consecuencia de su existencia. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, que en específico es el lugar donde se ubica la reflexión y los problemas abordados en esta tesis doctoral, el margen nacional de apreciación es descrito no desde el Estado, sino desde el Tribunal EDH² —y con posterioridad en la Corte IDH— lo que hace que la palabra “margen” sea comprendida como un reducto de interpretación y aplicación de los Derechos Humanos atribuido al Estado por las Cortes regionales de derechos humanos.

Para efectos de abordar esta noción en la presente tesis, se tendrá en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional para determinarlo³. Con esta aproximación podremos entender su contenido y descifrar sus límites. Siguiendo esta idea, el margen nacional de apreciación, como lo recuerdan las profesoras DELMAS MARTY y IZORCHE, implica el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos⁴. Las autoras plantean que este margen tiene dos componentes: el implícito y el explícito que serán utilizados para entender este margen.

El primero, a nuestro juicio podría ser definido, como aquel que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos, la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad

2 Sobre la relación entre la acción del TEDH y el margen nacional de apreciación, véase F. TULKENS y L. DONNAY, “L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des Droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”, *RSC* 2006, n.º 1.

3 Les professeurs A-D- OLINDA y C. PICHÉRAL remarquent que la doctrine permet à l’organe de contrôle de mieux préciser les limites respectives dans lesquelles lui-même et les Etats peuvent agir en la “La théorie de la marge d’appréciation en la jurisprudence de la Convention Européenne des Droits de l’homme” in *RTDH*, 1995, p. 602.

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

del Estado en su adaptación. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH que indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno a lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

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

Para las profesoras DELMAS MARTY e IZORCHE⁵ existe una distinción entre el margen de interpretación y el margen de apreciación. El primero es aquel que surge cuando el juez nacional –receptor– interpreta una norma jurídica emitida por el órgano legislativo–emisor. Mientras que el segundo parte de la base de la existencia de un legislador internacional que emite la norma y que permite que el receptor –el Estado–, tenga un cierto margen de apreciación en la interpretación y aplicación de la norma.

Esta distinción no es compartida en este libro por tres razones. En primer lugar, tanto el margen de apreciación, como el de interpretación en el caso de los derechos fundamentales, difiere de un simple análisis de reglas como es expuesto por las autoras. En segundo término, el margen de apreciación no solo involucra la acción del juez como la persona que crea el derecho, sino, al mismo tiempo, la acción de los otros poderes públicos y, por último, porque no tiene sentido “crear” un cierto legislador supranacional, cuando es el mismo Estado el que a través de su voluntad concibe esas normas a través de una suerte de desdoblamiento funcional.

Un ejemplo de esto se produce en el caso de los jueces locales que interpretan y aplican el derecho en casos concretos. Esta acción realizada por el juez se hace sobre una norma jurídica que interpreta y aplica un derecho no solo porque el legislador lo reconoce de forma autónoma, sino porque integra los

5 Idem., pp. 938-940.

tratados de derechos humanos, en este caso la CEDH y la CADH, a través de una ley al ordenamiento jurídico interno. Esto hace que tanto el margen de interpretación, como de apreciación, sea similar en la medida en que el intérprete jurídico nacional goza de un espacio de reflexión y aplicación de los derechos humanos. Sus límites son, justamente, los que se le impongan a nivel interno y los que determine el juez internacional cuando los procesos judiciales superen esa órbita interna, y pasen al campo internacional⁶. Eventos que se abordarán en la presente tesis y que permiten entender la unidad del margen de apreciación tanto intrínseca como extrínsecamente.

La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación de los derechos humanos deviene del mismo derecho constitucional como se explicará en el primer capítulo de esta contribución académica. En el campo de derecho internacional de los derechos humanos, la doctrina surgió a través de la interpretación del artículo 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público⁷. El Caso Linguistique Belge contra Bélgica en el año 1968 le permitió al Tribunal EDH indicar que la Convención Europea de Derechos Humanos tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso el Tribunal EDH recordó que existen aspectos de la vida social donde las autoridades nacionales pueden libremente tomar las medidas que estimen apropiadas en el ámbito regulado por la Convención⁸.

Con posterioridad, se profirió el caso Lawless contra Irlanda⁹ en el cual la Com EDH indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en el año de 1971, cuando el Tribunal EDH utiliza por primera vez la expresión “*margen nacional de apreciación*” en el caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica¹⁰, en el cual indica que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no vulneró el artículo 8.2 de la CEDH por cuanto el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales

6 M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention Européenne de Droits de l'homme*, Tesis sin publicar, 2006, p. 117.

7 Véase A-D. OLINGA et C. PICHERAL “La théorie de la marge d'appréciation en la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'homme”, RTDH, 1995.

8 TEDH, caso relativo a ciertos aspectos de la legislación sobre la enseñanza bilingüe en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

9 TEDH, Caso Lawness c. Irlanda, sentencia del 23 de julio de 1968 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

10 TEDH, Caso De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica, sentencia del 10 de marzo de 1972 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del Caso Handyside contra Reino Unido en la cual por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Ulteriormente se profirió el caso Irlanda contra el Reino Unido en el cual el Tribunal EDH señaló:

“ (...) le corresponde a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza, y por ende disipar el riesgo.. (...) las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor ubicadas que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de un peligro, sobre su naturaleza y sobre las medidas de suspensión necesarias para disiparlo. El artículo 15 de la CEDH les deja un amplio margen de apreciación”¹¹.

A partir de esta última decisión, el Tribunal EDH continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación, no solo atándola a las condiciones de suspensión general de los derechos colegidos del artículo 15 de la CEDH, sino en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los Estados frente a los derechos. En cuanto a las suspensiones de derechos, los Estados pueden hacerlo acatando aquellos que permite la norma. Esta circunstancia se percibe en el caso interamericano a través del artículo 27 de la CADH que le ha servido a la Corte IDH para planear análisis de proporcionalidad de los derechos con lo cual se aplica esta noción de margen nacional de apreciación¹². En cuanto a las restricciones, las mismas normas que consagran los derechos, indican en qué casos estos pueden ser restringidos, como se determinará en el presente trabajo frente a la libertad de expresión a través de sus límites intrínsecos.

Los límites a ese margen nacional de apreciación se contrabalancean a través del control material extrínseco que ejercen las Cortes regionales de derechos humanos que determinan, en caso que el asunto supere el ordenamiento interno, el control de proporcionalidad de las medidas. En esas circunstancias, el principio de proporcionalidad es un referente material esencial para controlar el margen de apreciación del Estado.

11 TEDH, Caso Irlanda c. Reino Unido, sentencia del 10 de enero de 1981 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

12 Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 et 29 Convención Americana sobre Derechos del Hombre), Opinión consultiva OC-5/85, par. 70. Véase igualmente el caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, ; el caso Ricardo Canese c. Paraguay; el caso Kimel c. Argentina, par. 87- 88; y el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Por lo anterior, en el presente libro, la noción del margen nacional de apreciación será entendida como aquella que posee el Estado cuando interpreta o aplica un derecho fundamental, en este caso, la libertad de expresión. En pocas palabras, esta noción permite una interpretación que respeta las identidades culturales, entendiendo que su ejercicio tiene límites que no pueden ser sobrepasados sin ninguna “justificación”¹³.

B. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La libertad de expresión ha sido abordada desde diversas perspectivas académicas. Es así como desde el punto de vista de la ciencia política, de la historia o de la filosofía, se han establecido trabajos que la abordan. Algunos autores norteamericanos como CARL SUNSTEIN¹⁴ y OWEN FISS¹⁵ han denunciado versiones liberales e individualistas de la libertad de expresión demostrando cómo el Estado debe intervenir en su protección.

Esta posición rechaza de plano la idea planteada por el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos OLIVER WENDELL HOLMES quien indicó que la libertad de expresión era un mercado libre de ideas.¹⁶ Para algunos historiadores y sociólogos franceses, el estudio de la libertad de expresión debe plantearse desde la participación de la sociedad dentro de los debates públicos. En ese punto se resalta lo señalado por los profesores ROSANVALLON y PECH que señalan: “(...) *el Estado no es el único actor en escena: su voluntad no agota el campo de la voluntad. Sus preferencias son en efecto la obra de muchas manos. El sentimiento de un declive del poder político no implica el fin del poder.*”¹⁷

En este libro, aunque se tendrán en cuenta algunas de estas perspectivas científicas sobre la libertad de expresión, su tratamiento se especificará al derecho internacional de los derechos humanos, y de forma especial, a lo señalado en el sistema interamericano por el artículo 13 de la CADH, la doctrina de la Com IDH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los informes de la Relatoría de Libertad de expresión de la CIDH. En el sistema europeo se tendrá en cuenta lo establecido

13 P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité in L'interprétation de la Convention Européenne de Droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 89.

14 C. SUNSTEIN, *The partial constitution*, Cambridge, Harvard University, 1999.

15 O. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 12.

16 Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Abraham v Estados Unidos* (1919).

17 T. PENCH, et P. ROSANVALLON, *La Nouvelle critique sociale*, Paris, Seuil / *Le Monde, La République des Idées*, 2006, p. 18.

en el artículo 10 de la CEDH y la jurisprudencia del Tribunal EDH y de la antigua Com EDH. Esta limitación sobre las materiales de trabajo, no será óbice para que puedan utilizarse otras fuentes nacionales como la jurisprudencia de ciertos Tribunales Constitucionales con el propósito de darle sentido al trabajo realizado.

Debe recordarse que, como lo señala Lauriane Josende: “*La libertad de expresión es un postulado filosófico que permitió la emergencia del régimen liberal*”¹⁸. Como se evidenciará, la libertad de expresión es producto de la respuesta revolucionaria contra el Estado monárquico en la medida en que su existencia se encuentra atada a la noción de democracia que surgió durante el siglo XIX como elemento fundante de las nuevas repúblicas y emblema distintivo frente al antiguo régimen. En sus inicios esta libertad fue enmarcada en los diversos textos constitucionales fundadores de las repúblicas tanto en Europa como en América Latina.

En el siglo XX, la libertad de expresión produjo una relevante evolución tanto en Europa como en América por dos razones. La primera, la creación de Tribunales o Cortes Constitucionales que tenían y aún tienen como función la de controlar la constitucionalidad de las leyes, lo que permitió que la libertad de expresión fuese interpretada y reinterpretada por el juez constitucional de forma permanente. En segundo lugar, por la copiosa jurisprudencia que sobre la libertad de expresión profirió la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos que le otorgó un alcance y permitió entender el carácter dinámico de los derechos fundamentales, en especial la libertad de expresión que se enmarca en la primera enmienda de la Constitución Americana y que se constituye en el bastión de la democracia de ese país, elemento retomado por las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, tanto en América como en Europa.

Con estos enormes avances constitucionales, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, se configuró un proceso de codificación en el derecho internacional que llevó a la construcción del concepto internacional de la libertad de expresión, que se introdujo en el cuerpo de los instrumentos internacionales aprobados, unos en el marco de los órganos regionales y otros en el ámbito de Naciones Unidas. Entre los tratados que la incluyeron para el ámbito universal se encuentran la Declaración Universal de derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Para el caso americano, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre y la Convención Americana de derechos humanos. Mientras que para el marco europeo, la Convención Europea de derechos humanos en el marco de lo establecido en el Consejo de Europa.

18 L. JOSENDE, *Liberté d'expression et démocratie*, Bruylant, 2010, p. 414.

El fundamento para la existencia de estos tratados fue el sustento democrático de los Estados parte en esos documentos.

En ese marco general, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como del Tribunal EDH establecieron que “*la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones de su progreso y de su desarrollo*”¹⁹. Estas expresiones no han sido exclusivas de la jurisprudencia, sino de algunos doctrinantes, Organizaciones no gubernamentales y del derecho interno de los diferentes Estados. De lo expresado, se colige que la libertad de expresión tiene un lugar dentro del catálogo de derechos humanos y su existencia se encuentra atada a la democracia que se estudiará en el transcurso del presente libro en la medida en que es la base esencial de la existencia de un margen nacional de apreciación conforme a los derechos humanos.

En síntesis, la noción de libertad de expresión que se abordará se funda en la existencia de un diálogo cultural²⁰ y libre²¹ en el cual existen dos dimensiones en el ejercicio de esta libertad de expresión: el de búsqueda y difusión de opiniones factuales veraces²² o de juicios de valor²³. Sobre la base de esa doble dimensión se plantearán los límites del margen de apreciación del Estado frente a esta libertad. Su estudio será normativo y jurisprudencial, teniendo en cuenta que las fuentes utilizadas no serán otras que la multiplicidad de decisiones judiciales tanto internas como internacionales que han permitido dar cuenta del alcance de esta libertad.

II. PRECISIONES METODOLÓGICAS

En esta segunda parte de la introducción se evidenciará la delimitación del campo de estudio del presente libro, el método utilizado, el interés de este estudio para el derecho público en general y para el derecho internacional de los derechos humanos en particular, y por último, se expondrá el plan de trabajo con lo cual se dará un alcance al tema que se estudiará en las siguientes páginas.

19 TEDH, Caso Handyside c. Reino Unido, sentencia del 7 Diciembre, 1976 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpr197/search.asp?skin=hudoc-fr>

20 P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

21 J. S. MILL, JOHN STUART, *On liberty*, New York, Prometheus Books, 1986.

22 Sobre la veracidad como límite interno de la libertad de informar, destáquese el artículo de R. UPRIMNY, C. BOTERO, J-F. JARAMILLO, La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada, en *Libertad de prensa y derechos fundamentales*, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 19-20.

23 L-M. Díez- PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson- Civitas, 2003, p. 282.

A. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO Y DEL MÉTODO UTILIZADO

La noción del margen nacional de apreciación ha sido abordada en múltiples campos del conocimiento como la antropología o la sociología. En este libro se abordará como producto del ejercicio jurisprudencial del Tribunal EDH y de la Corte IDH cuya función ha sido la de darle alcance a los derechos humanos consagrados en la CEDH y en la CADH. En ese orden de ideas, el propósito del presente trabajo es determinar los límites de ese margen de apreciación en cuanto a la libertad de expresión. Por ello, los otros derechos que han sido estudiados por parte de los tribunales de derechos humanos conforme a esta doctrina, no serán abordados. Otros estudios posteriores podrán tener en cuenta esta situación para continuar el recorrido científico iniciado con la presente contribución académica en torno a los límites del margen nacional de apreciación.

El método utilizado será comparativo en la medida en que tanto el sistema europeo como el interamericano serán evaluados. El sistema africano no será estudiado por la simple razón de que no existe un desarrollo jurisprudencial que permita realizar un estudio comparativo entre los tres sistemas. La evaluación de los dos sistemas no implicará la realización de un estudio sobre cada país de forma particular. El análisis se realizará conforme a la CEDH, la CADH y la jurisprudencia del Tribunal EDH y de la Corte IDH. Estos tratados y decisiones jurisprudenciales permitirán observar los límites intrínsecos y extrínsecos del margen nacional en torno a la libertad de expresión.

B. INTERÉS DEL ESTUDIO

Emprender un estudio sobre los límites del margen nacional de apreciación en la libertad de expresión en el marco de los sistemas americano y europeo de derechos humanos, permite profundizar los estudios de derecho comparado que se han realizado sobre los sistemas de protección de los derechos humanos. La doctrina del margen nacional de apreciación estudiada en el continente europeo no ha mostrado un esfuerzo comparativo con el sistema interamericano, por lo que existe un interés tanto en el campo del derecho público en general, como en el derecho internacional de los derechos humanos, de entender la manera como se concibe el derecho en los dos continentes. En esa línea de pensamiento se profundizará la reflexión sobre la doctrina del margen nacional de apreciación, sobre sus límites y sobre la libertad de expresión que son interpretados y aplicados de forma cotidiana tanto por el juez constitucional, como por el juez internacional. El interés de haber escogido la libertad de expresión radicó en el

hecho que sobre ésta se funda la sociedad democrática y la noción de libertad como lo han recordado los preámbulos de la CEDH y la CADH, así como la jurisprudencia constante del Tribunal EDH y la Corte IDH. La libertad de expresión no solamente es un derecho que funda un sistema jurídico, sino una manera de entender nuestro mundo.

C. PLAN DEL LIBRO

El presente libro intentará responder a varios interrogantes en torno a la doctrina del margen nacional de apreciación frente a la libertad de expresión. En primer término se tratará de desentrañar su contenido propio, con lo cual se determinarán sus límites. Estos se trabajarán en torno a los elementos del Estado y a la existencia de una sociedad democrática (I). A continuación se abordarán sus límites intrínsecos a través de su análisis frente a la libertad de expresión (II). Estos límites son definidos tanto por la Convención Europea como la Convención Americana de derechos humanos. Estos tratados hacen parte del derecho interno cuando son ratificados por los Estados respectivos.

En la segunda parte se abordarán los límites extrínsecos —*condicionamientos formales y materiales*—, derivados de la existencia de una acción internacional por parte de los afectados por la violación de un derecho. Estos últimos se cristalizarán a través del principio de proporcionalidad (I). En el segundo título del libro se realizará un análisis comparativo de la jurisprudencia del Tribunal EDH como de la Corte IDH con lo cual se constatarán los límites materiales con la acción de las Cortes (II). Para efecto de explicar el plan de esta segunda parte del libro se abordará de forma preliminar el principio de subsidiaridad que fundamenta la existencia de esos condicionamientos que tiene el Estado y que, por consecuencia, limitan su margen de apreciación en torno a la interpretación y aplicación de los derechos humanos. En síntesis, explica la forma de estructurar la segunda parte de este ejercicio académico.

En resumen, con este libro se pretende responder a la cuestión de si la doctrina del margen nacional de apreciación tiene una incidencia en el ejercicio interpretativo de los derechos humanos, en particular frente a la libertad de expresión. En segundo lugar, se buscará explicar y racionalizar los límites de ese margen nacional de apreciación. Con estas dos hipótesis planteadas se pretende continuar una problemática que partía del postulado que el margen nacional de apreciación era una noción ambigua y sin contenido, que se introdujo en el ambiente jurisprudencial para mantener un equilibrio político entre el orden interno y el orden internacional.

PRIMERA PARTE

*El margen nacional de apreciación y sus límites intrínsecos
frente a la libertad de expresión*

En el primer título de la primera parte abordaremos la noción de margen nacional de apreciación y sus principales componentes internos —existencia de un Estado de derecho y existencia de la democracia— para que su aplicación sea compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

La puesta en evidencia de esa existencia permitirá abordar la manera de comprender los límites intrínsecos de ese margen de apreciación en cuanto al tipo de derecho analizado y al tipo de contexto dentro del cual la violación de los derechos humanos se presentó. El tema permitirá situar los debates alrededor del universalismo, el pluralismo y la globalización de los derechos humanos, demostrando que el margen nacional de apreciación se defiende de forma constante frente a diversas posturas teóricas.

En el segundo título, se abordarán los límites intrínsecos del margen nacional de apreciación con respecto a la libertad de expresión. Esto permitirá profundizar su concepto e invocar los límites impuestos al Estado a partir de descripciones normativas de la libertad de expresión consagradas en los artículos 10 y 13 de la CEDH y de la CADH.

TÍTULO I

EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN
Y SUS LÍMITES INTERNOS

La existencia de un margen de apreciación nacional es un elemento natural dentro de un Estado. Es la consecuencia de la búsqueda del ordenamiento de la vida social a través de sus funciones distribuidas a sus diferentes ramas del poder público. Lo importante del debate gira en torno a la manera de construir ese margen. Un Estado en el cual no exista un sistema democrático, en el que no se respeten los derechos fundamentales de las personas, donde el juez no se someta a una ley interna previa que haya sido realizada por un órgano legislativo, aprobada por el ejecutivo y controlada por el aparato judicial y donde no exista el principio de soberanía, carece de elementos para administrar justicia de manera adecuada. *Contrario sensu*, un Estado democrático que respete los derechos fundamentales, cuya rama judicial se someta a la ley y donde se aplique el principio de soberanía, denota, en principio, un sometimiento al principio de respeto de la persona.

En estas secciones se establecerá y se desarrollará la definición y los elementos con los cuales se construye el margen de apreciación nacional conforme al derecho internacional de los derechos humanos. En igual sentido se indagará sobre la forma de entender la ampliación y restricción del margen nacional de apreciación y se demostrará por qué el universalismo en el derecho internacional de los derechos humanos no se encuentra en contravía del margen nacional de apreciación y, de paso, del relativismo.

CAPÍTULO I
EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN
Y SU CONSTRUCCIÓN EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS
EUROPEO E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Este capítulo desarrollará la noción de margen nacional de apreciación y se determinarán sus componentes. A partir de esta explicación se determinará la articulación entre el derecho interno y el derecho internacional. Esta relación permitirá establecer dónde se sitúa el Estado frente a esta doctrina que reconoce la facultad de resolver previamente los asuntos de derechos humanos que le son sometidos.

A continuación, se profundizará sobre el debate entre la diversidad y la unidad alrededor de esta doctrina, lo que permitirá determinar los límites intrínsecos del margen nacional de apreciación.

SECCIÓN I

NOCIÓN DEL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN
Y SU CONSTRUCCIÓN

La noción de margen de apreciación no ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia con la profundidad que amerita. La simbiosis existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno permite encontrar puentes de contacto entre los dos espacios jurídicos.

En ese sentido, en la presente sección se abordará la noción de margen de apreciación, descifrando sus componentes y su articulación. El abordaje de estas nociones permitirá la racionalización del margen de apreciación, permitiendo entender la relación entre el Estado y los tribunales internacionales de derechos humanos y el entramado que se forma a través de esa relación bifronte.

§ I. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN Y SU
SURGIMIENTO EN LA DISCRECIONALIDAD

La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales.

ARAI TAKAHASHI lo define, por su parte, como la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos²⁴. Sobre este aspecto, MAHONEY piensa que la doctrina puede ser vista como el resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención. Para el doctrinante, la doctrina sirve para tomar en cuenta cuestiones culturales y sociales en una sociedad dada²⁵.

KASTANAS, por su parte, la define así: “*Concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH*”²⁶. CALLEWAERT, a su turno, considera esta noción como aquella

24 Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 2

25 P. MAHONEY, *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights*, 1990, p. 1.

26 E. KASTANAS, *Unité et diversité : Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 16.

en la cual “se deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la CEDH”²⁷.

Con estas concepciones doctrinales es dable indicar que el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un espacio o “criterio”²⁸ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de desarrollar la noción se tendrá en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional.²⁹ Teniendo esto presente, las profesoras DELMAS MARTY e IZORCHE indican que el margen conlleva al reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos (DELMAS MARTY e IZORCHE 2001, p. 925). Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos partes: uno de carácter implícito y el otro de carácter explícito.

El primero, como se señaló anteriormente, podría ser definido como aquel que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos.

En cuanto al segundo, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado.

27 J. CALLEWAERT, *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : La dimension substantielle*, en *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 52.

28 J. GARCÍA-ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: Soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, p. 377.

29 Los profesores OLINDA y PICHERAL manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto él mismo, como los Estados pueden actuar. en “La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne de droits de l'homme” in RTDH, 1995, p. 602.

Una vez abordada y explicada la noción, es pertinente explicar tanto su origen en el derecho nacional como su utilización a través del derecho internacional de los derechos humanos.

A. ORIGEN DE LA DISCRECIONALIDAD NACIONAL

El origen de la noción de margen de apreciación se ubica en el ámbito constitucional y administrativo. Esto tiene sentido por dos razones. La primera de carácter funcional, ya que en el Estado se estructuran ramas del poder público dentro de las cuales se incluye la función de “administrar justicia”. La segunda de carácter procedimental, en tanto que al momento de construir los sistemas internacionales de derechos humanos se tomaron en cuenta principios del derecho constitucional para su fundación y su desarrollo a través del derecho administrativo. En ese orden de ideas, la relación del derecho internacional frente al derecho interno ha implicado una correlación constante.³⁰

Así, entonces, el ámbito constitucional ha utilizado la noción de margen de apreciación o margen de acción³¹ dentro de su doctrina, para explicar los niveles de interpretación que tienen las instancias del Estado frente a los derechos fundamentales. Los límites a esta figura se encuentran en el poder del Estado frente a circunstancias excepcionales como la guerra o emergencias de carácter interno. En estos casos, los límites de interpretación del Estado se extienden, y la aplicación de los derechos puede llegar a limitarse.

Ante el anterior razonamiento, surge la pregunta sobre el origen y fundamento de los mencionados límites. Para abordar esta pregunta, es pertinente remitirse al derecho romano en el que se utilizó la institución de la dictadura³² para hacer frente a crisis institucionales y, por ende, reducir los márgenes de apreciación frente a los derechos de sus ciudadanos. Para justificar la acción limitatoria, Roma creó la figura de “*Razón de Estado*” que se encuentra en la obra del jurista romano TÁCITO, quien la definió a partir de la noción de

30 Un ejemplo de esta correlación se materializa en la inclusión de capítulos de derechos fundamentales dentro de las Constituciones de los Estados que coinciden con los derechos humanos que se incluyeron dentro de la CADH y la CEDH.

31 Expresión utilizada por el jurista alemán ROBERT ALEXY en su texto “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.

32 Sobre este punto, el jurista alemán CARL SCHMITT señaló: “[L]a dictadura es una sabia invención de la República Romana; el dictador es un magistrado romano extraordinario, que fue establecido luego de la expulsión de los reyes con el fin que exista un poder imperial durante los tiempos de peligro, para evitar problemas de entramamiento legal como en la época de los cónsules en el cual existía para estos periodos el derecho al veto de los tribunos de la plebe y la del llamamiento al pueblo (*provocatio ad populum*)” en CARL SCHMITT, *La dictatorship*, Paris, Seuil, 2000, p. 23.

“*Arcanna Imperio*” en la cual el Estado retiene la posibilidad de decidir sobre asuntos públicos, prescindiendo de la obligación de informar a sus habitantes. Luego la figura fue retomada por MAQUIAVELO, quien consideró que bajo la dictadura: “[...] el dictador puede tomar las medidas que él juzgue buenas sin implicar la sujeción a la intervención consultativa o deliberativa de otra instancia, al tiempo que puede imponer sanciones que implican autoridad de cosa juzgada”.³³

El Estado constitucional moderno toma esa noción —*razón de Estado*— y la adapta a sus necesidades, al decir del jurista alemán Carl SCHMITT, quien la explica a partir de dos nociones. La primera “*arcana imperio*”, y la segunda “*arcana dominationis*”. La primera es “la relación de fuerza existente de facto en tiempo normal”, mientras que la segunda “se refiere a la protección y a la defensa de aquellos cuyo poder esta en peligro por eventos extraordinarios, rebeliones o revoluciones”.³⁴

Con esta explicación se clarifica que los límites han tenido una relación directa con la maniobrabilidad del Estado para hacer frente a circunstancias excepcionales. Sobre el particular pueden mostrarse dos ejemplos, el caso colombiano y el caso francés. En el caso colombiano se establece en el art. 213 de la Constitución Política de 1991 la posibilidad de legislar de manera extraordinaria en casos de guerra, conmoción interna, emergencia económica y social o catástrofe ecológica, de forma limitada.³⁵ En el caso francés, esa facultad se colige del art. 16 de la Constitución Política de 1958 que le permite al Presidente de la República tomar esta medida ante la existencia de amenazas graves e inminentes contra el Estado.³⁶ Estas consideraciones coinciden con los

33 NICOLA, MACHIVEL, *Le Prince*, Paris, Union Générale d'éditions, 1962.

34 Idem, p. 34.

35 El art. 213 de la Constitución de la Colombia (1991) indica: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración de Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaración de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

36 El art. 16 de la Constitución de 1958 de Francia indica: “Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs

contenidos que se establecen dentro de la CADH –art. 27– y la CEDH –art. 15– en los cuales se plantean catálogos de derechos suspendibles ante la verificación de circunstancias excepcionales, lo que conduce a una discusión sobre la limitación de los derechos tanto por el juez interno, como por parte del juez internacional que se denomina “*margen de apreciación*”.

En síntesis, la noción de margen de apreciación del juez nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos.³⁷ Sus límites se entrecruzan entre la noción de “*razón de Estado*” que le permite al Estado suspenderlos y restringirlos y, por otro lado, el control de esos límites por parte de las Cortes regionales de derechos humanos que los racionalizan a través de interpretaciones extensivas de los derechos fundamentadas con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH, como en la CEDH.

B. ORIGEN DE LA DISCRECIONALIDAD INTERNACIONAL

La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el sistema europeo de derechos humanos surge a través de la interpretación del art. 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público.³⁸ Fue así como en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica en el año 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el TEDH recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención”.³⁹

publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, en les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L’Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels”.

37 Debe notarse la paradoja existente en cuanto a la imbricación inextricable entre el derecho interno y el derecho internacional en lo atinente a los derechos humanos y las posturas disímiles asumidas por los jueces en cada jurisdicción en cuanto a la protección de los mismos. Es decir, que se coincide en su existencia, pero en muchos casos no en su alcance.

38 Véase OLINGA A-D, y PICHÉRAL C. “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’homme, RTDH, 1995.

39 TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

Ulteriormente, se profirió el *Caso Lawless contra Irlanda*,⁴⁰ en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en el año de 1971 cuando el TEDH utiliza por primera vez la expresión “*margen nacional de apreciación*”, en el *Caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*,⁴¹ en el cual indica que la medida de detención contra grupo de vagabundos no vulneró el art. 8.2 de la CEDH toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del *Caso Handyside contra Reino Unido*, en la cual por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Posteriormente, se profirió el *Caso Irlanda contra el Reino Unido*, en el cual el TEDH señaló:

“Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación”.⁴²

A partir de esta última decisión, el TEDH continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación, no solo atándola a las condiciones de suspensión general de los derechos colegidos del art. 15 de la CEDH, sino en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los Estados frente a los derechos. En igual sentido, su uso se ha extendido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en donde, al decir del profesor NÚÑEZ POBLETE,⁴³ se ha advertido un importante trabajo jurisprudencial.

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, aunque la doctrina no ha sido nominada de forma específica, ha sido utilizada en menor

40 TEDH, *Caso Lawless c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

41 TEDH, *Caso De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

42 TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

43 Véase, MANUEL NÚÑEZ POBLETE, “*Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*”, Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, 2010, pp. 5-7.

grado que en el sistema europeo. En la CIDH se han destacado algunos informes de admisibilidad —citados por el profesor NÚÑEZ POBLETE en el artículo citado *supra*— como es el *Caso Álvarez Giraldo, Sánchez Villalobos y Chaves Cambrónero*. En los tres casos, la Comisión restringió el margen nacional de apreciación de los Estados y protegió el derecho de ciertas minorías con el argumento que no pueden extenderse concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano. Fue así como en el *Caso Ríos Montt contra Guatemala*⁴⁴ se indicó que la doctrina debe ser analizada “conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el período histórico”.

La Corte IDH, por su lado, no la ha definido expresamente, ni nominado puntualmente en sus fallos.⁴⁵ Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se observa que el tribunal ha hecho uso de los test de proporcionalidad, reconociendo un margen de apreciación del Estado. Es así como, por ejemplo, en el *Caso Perozo c. Venezuela*, en el cual el tribunal interamericano estableció la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la art. 13 contentivo de la libertad de expresión, se reconoció el margen de apreciación del Estado, producto de los mismos límites establecidos en la CADH. En ese sentido, la Corte IDH indicó, citando previos precedentes, que: “*La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática*”.⁴⁶ No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de aper-

44 CIDH, Informe N.º 30/93, caso n.º 18.804, *José Efraín Montt c. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 31, citado por MANUEL NÚÑEZ POBLETE, “*Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*”, op.cit., p. 8.

45 Sobre este punto véase el pertinente estudio “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿Ausencia justificada?”, de Paola Andrea ACOSTA, en el cual se demuestra su inoperancia en los casos contra Colombia por el tipo de violaciones y el contexto en el que configuran. Este trabajo acompaña en su reflexión el trabajo del profesor Íñigo SALVADOR CRESPO, “El Ecuador y la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, como el de los profesores JOSÉ SEBASTIÁN ELÍAS y JULIO CÉSAR RIVERA, “La doctrina del margen nacional de apreciación nacional en el caso argentino”.

46 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70. Ver también *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004; *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008; y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.

tura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones”.⁴⁷ Esta misma línea de pensamiento la estableció la Corte IDH en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo contra Ecuador*,⁴⁸ en cuanto a la libertad personal, indicando que las decisiones de restricción de libertad deben estar atadas a la aplicación del principio de proporcionalidad y racionalidad.

En igual sentido, en el *Caso Castañeda Guzmán contra México*,⁴⁹ el tribunal interamericano reconoció la inexistencia de un modelo único electoral latinoamericano, permitiendo entender que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la CADH.

En lo relativo a la utilización del recurso ordinario eficaz contemplado en el art. 8.2 de la CADH, la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa* señaló: “[...] si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo”.⁵⁰

Como se observa en estas decisiones, el tribunal expone los límites del Estado en cuanto a la protección de la libertad de expresión, libertad personal y a los derechos políticos, otorgándole un espacio al Estado para que pueda tener una visión propia —*margen de apreciación*— dentro de los estrictos límites fijados por la Corte. Esta posición evidencia la manera como se reconoce el margen nacional de apreciación por parte de la Corte IDH.

La existencia de esta doctrina no ha implicado que los tribunales regionales de derechos humanos impongan decisiones a través de una uniformidad ante cualquier problema jurídico. Podemos de forma más precisa indicar que la ausencia de consenso⁵¹ entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad

47 Corte IDH, *Caso Perozo y otros c. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, (excepciones preliminares, fondo y reparación) párr. 116; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, (fondo, reparaciones y costas), párr. 79 en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

48 Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 107 en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

49 Corte IDH, *Caso Castañeda Guzmán c. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 162 en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

50 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 161 en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

51 Sobre este véase MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos” en *Revista Ius Praxis*, Talca, Año 15, n.º 1, 2009, pp. 295-310.

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

Ante el panorama establecido, se procederá, entonces, a mostrar la relación que tiene ese margen nacional de apreciación con la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática como elementos necesarios para su existencia conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

§2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN EN EL RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La forma de concretizar la existencia del margen nacional de apreciación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, implica dos condiciones coincidentes y necesarias: la existencia del Estado de Derecho –Estado y justicia– y, en segundo término, la presencia de una sociedad democrática como elemento sustentatorio de las Convenciones regionales de protección de derechos humanos tanto en Europa como en América.

A. EXISTENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la existencia del Estado es un requisito previo para el proceso de aceptación y firma de cualquier tratado. Es así como se entiende que quien se obliga al cumplimiento de las obligaciones que surgen de un tratado es el Estado por su calidad esencial. El preámbulo de la Convención de Viena de 1969 establece que los Estados son quienes se obligan a cumplirlos. Ahora bien, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, a la noción de Estado se le agrega la connotación de derecho, dotándolo de una noción de una unidad y coherencia de su sistema jurídico. Teniendo en cuenta lo anterior en este punto se desarrollan

dos acápites: (i) la nación, componente esencial del Estado de Derecho, y (ii) la Soberanía que se debate entre la territorialización y la desterritorialización del derecho. En el primer tema se mostrará la manera como se ha concebido la nación desde el punto de vista teórico desde diversas disciplinas y como se concibe dentro del Estado como elemento esencial de su composición, haciendo hincapié en que su existencia es esencial para que se conciba un margen de apreciación conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. El segundo punto, mostrará la soberanía como componente del Estado de derecho en asocio con la noción de territorio sobre la cual se funda tanto la jurisdicción nacional como la determinación de la competencia que por razón del territorio tienen los Estados en el ámbito internacional.

I. ESTADO: PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

Abordar la noción de Estado no es tarea fácil. Su complejidad radica en que ha sido tratado por la doctrina desde diferentes puntos de vista. Para efecto de aclarar el tipo de concepto sobre el cual se debe entender se explicará cada uno de ellos. Con lo anterior, se evidenciará su problematización a través de la lectura doctrinal multidisciplinar. En cuanto al Estado, son los juristas quienes lo han definido y explicado de forma amplia. Por el contrario, la nación y el concepto de territorio han sido desarrollados por historiadores y sociólogos.

Antes de abordar su noción, es menester hacer un pequeño rastreo desde el punto de vista histórico al Estado de Derecho. Para el profesor VILLAR BORDA, este concepto tiene origen alemán fundado en los postulados del profesor ROBERT VON MOHL (1799-1875) que lo ubica desde el centro del poder e incluye tareas como el cumplimiento de derechos económicos y sociales⁵². El profesor HEINZ MOHNHAUPT, citado por VILLAR, establece que “ (...) *ese Estado de derecho constituye el único medio que permite lograr una expansión de la personalidad individual y su promoción*”⁵³. Esta manifestación decimonónica alemana fue acogida por los profesores franceses CARRÉ DE MALBERG y LEON DUGUIT. Sintetizando su artículo, VILLAR enuncia varios elementos que se coligen de estas elaboraciones teóricas germano-francesas: (i) la existencia de

52 LUIS VILLAR BORDA, Estado de derecho y Estado social de derecho en *Revista de Derecho del Estado* de la Universidad Externado de Colombia, n.º 20, Diciembre 2007, pp. 74-76.

53 Idem, op.cit., pp. 74-76.

una constitución escrita; (ii) separación de los poderes; (iii) principio de legalidad; (iv) principio de garantía de los derechos fundamentales; (v) seguridad jurídica y protección de la confianza; (vi) principio de proporcionalidad⁵⁴. Estos elementos son percibidos en las diferentes manifestaciones teóricas que se expondrán.

Para hacerlo, debe observarse algunas visiones del Estado. Retendremos tres. JEAN GICQUEL y JEAN ERIC GICQUEL, por ejemplo, consideran que el Estado “está compuesto por un grupo humano, fijado en un determinado territorio y sobre el cual una autoridad política exclusiva se ejerce”⁵⁵. Kelsen, por su parte, lo definió como “*un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez espacial y temporal y sometido inmediatamente al derecho internacional y a la eficacia general*”⁵⁶.

GELLNER, por su parte, nos da el referente teórico para abordar el concepto de Estado. Es así como retoma la definición de WEBER en cuanto a que lo concibe como el agente que detenta el monopolio de la violencia legítima dentro de la sociedad. Para el autor, el Estado es la especialización y concentración del mantenimiento del orden. El Estado “es aquella institución o conjunto de instituciones específicamente relacionadas con la conservación del orden. El Estado existe allí donde existen agentes especializados en esa conservación, como la policía y los tribunales”⁵⁷.

Para GICQUEL, el Estado contiene tres elementos que permiten su definición: la población, el territorio y la autoridad política constituida por el constituyente primario que la determina. GELLNER lo define internándose en la última de estas dimensiones, la existencia de una autoridad política que se materializa a través de un aparato institucional que contiene una tridivisión del poder público, que, a su vez, se relaciona con el aparato jurisdiccional. Kelsen coincide con esta última postura al limitarlo a un orden jurídico, es decir, a la existencia de un derecho positivo que crea el Estado. De las definiciones indicadas emanan tres elementos: (i) personal; (ii) material y (iii) formal. El primero contiene la nación; el segundo, el territorio y, el tercero, la soberanía.

Sobre la nación, los constitucionalistas se han dividido en torno al origen de su carácter e incluso a su origen; sin embargo, el gran debate ha versado sobre dos tesis: (i) la objetiva y (ii) la subjetiva. En cuanto a la primera, su origen

54 Idem, op.cit pp. 74-95.

55 JEAN GICQUEL y JEAN ERIC GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e. Edition, Paris, Donnant droit public, 2008, p. 54.

56 HANS Kelsen, *Théorie Pure del droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 362.

57 ERNEST GELLNER, *Naciones y Nacionalismos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 16-17.

tiene como autor a FICHTE, quien consideró la nación como una resultante de elementos objetivos, tales como la geografía, la lengua, la religión, la ideología y la raza. La subjetiva, planteada por RENAN, tiene origen en elementos inmateriales como el espíritu de un pueblo, en la necesidad de vivir en comunidad⁵⁸. En términos modernos la idea de nación implica que esa comunidad se vincule a través de la ciudadanía⁵⁹.

BENEDICT ANDERSON⁶⁰ como lo indiqué recientemente define la nación como “una comunidad políticamente imaginada como inherentemente limitada y soberana.”⁶¹ Esta definición tiene mucho sentido en cuanto encierra dentro de ella una construcción de la comunidad alrededor de unas tradiciones que son definidas en el desarrollo social de cada uno de los pueblos. Al contextualizar la definición, ANDERSON señala que esta comunidad es imaginada porque “aún los miembros de la nación más pequeña no conocerán jamás a la mayoría de sus compatriotas, no los verán ni oirán siquiera hablar de ellos”. Es limitada por cuanto tiene fronteras finitas, vale decir, que más allá de sus límites se encuentran otras naciones. Allí se encuentra el concepto de la soberanía que tiene una concepción dual: política y jurídica”.

“Este concepto de soberanía ha sido definido por la doctrina especializada como un elemento del Estado, consistente en que los Estados son entes territoriales que ejercen control en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos⁶². De la misma manera, ANDERSON concibe la nación como una comunidad porque “independientemente de la desigualdad y la explotación, la nación se concibe siempre como un compañerismo profundo y horizontal”⁶³. Si se mira con detenimiento la formulación de ANDERSON, se observa que su definición se enlaza con los elementos definitorios del Estado en cuanto al planteamiento de unos límites que definen el ámbito territorial del Estado y que permiten poseer un control soberano de una comunidad sobre otra”.

58 ERNEST, RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?* Paris, p. Bordas et fils, 1991.

59 PHILIPPE, BRAUD, *Sociologie Politique*, 9e édition, LGDJ, 2008, p. 152.

60 Este abordaje teórico fue tomado de la parte introductoria de una de mis publicaciones, véase, FRANCISCO BARBOSA DELGADO, *Justicia: rupturas y continuidades: El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia 1821-1853*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 20-23.

61 Sobre la expresión imaginada, ANDERSON recibió una fuerte crítica por parte del sociólogo SYDNEY Tarrow en su texto “El poder en movimiento, los movimientos sociales, la acción colectiva y la política”. En este texto manifiesta el autor que más allá de imaginadas, las comunidades deben ser invisibles, por cuanto a ANDERSON lo guía un fuerte estructuralismo “su evocativo término de comunidades imaginadas podría llevar a lectores inadvertidos a inferir que la imaginación creaba comunidades nacionales” en ANDERSON, BENEDICT, *Comunidades Imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 23-24.

62 ANTONIO REMIRO BROTONS, ROSA RIQUELME, J. DIEZ, L. PÉREZ y E. ORIHUELA, *Derecho Internacional*, Mc Graw Hill, p. 76, 1997.

63 ANDERSON, BENEDICT, *Comunidades Imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 24.

GELLNER se encuentra con lo planteado por ANDERSON, en cuanto indica que la comunidad es imaginada y construida. La única diferencia es la referencia sociológica de GELLNER y cultural de ANDERSON. Así pues, GELLNER “[...] da a entender que existen comunidades verdaderas que pueden yuxtaponerse con ventaja a las naciones”⁶⁴ GELLNER en cuanto a la nación la define como el constructo de las convicciones, fidelidades y solidaridades de los hombres. Estas dos posiciones, la de ANDERSON concibiendo la nación como comunidad imaginada, y la de GELLNER como un artefacto, un proceso de ingeniería social o una construcción, llevan a buscar una tesis intermedia. En consecuencia, la nación debe tomarse en su función subjetiva como construcción imaginada, en la cual se expresan identidades objetivas como el idioma, las creencias etc.”

En segundo lugar, el territorio, como la nación, es un elemento esencial del Estado. Consiste en los límites terrestres, aéreos y marítimos de un territorio. Desde el punto de vista de su responsabilidad nacional o internacional, el Estado se obliga por lo que ocurra dentro de sus fronteras, es decir, dentro de su territorio. Los límites terrestres se determinan a través de dos figuras cuyo aporte se deriva del derecho internacional americano: el *uti possidetis juris*⁶⁵ y el *utti posedetis de facto*. Etimológicamente se define de este modo: “como poseáis, así poseáis”⁶⁶.

Desde el punto de vista jurídico se define como la norma generalmente aceptada para la demarcación de las fronteras.⁶⁷ Esto significa que cuando un Estado cambia de forma de gobierno o se libera de una ocupación, conserva el territorio que previamente tenía el ocupante. Este principio del derecho romano, según Jesús María YEPES, “significa que las nuevas repúblicas, por el hecho de poseer determinado territorio en el momento de la emancipación, tenían también el derecho de continuar en la posesión del mismo territorio”⁶⁸. Mientras que el segundo se determina por la consecución de territorio a través de actos de fuerza, circuns-

64 ANDERSON, BENEDICT, *Comunidades Imaginadas*, op.cit., p. 25.

65 Sobre este concepto véase las siguientes obras: ALEJANDRO ÁLVAREZ, *Le droit International Américain*, Paris, 1910, p. 65, B. CHECA DROUET, *La doctrina americana del Uti possidetis de 1810*, Lima, 1936, p. 39 y JESÚS MARÍA YEPES, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*, Caracas, Academia Nacional de Historia, 1955, p. 167.

66 TEODORO ALVARADO GARAICOA, *Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano*, Quito, 1951. pp. 252 y 253.

67 Desde el punto de vista de la codificación internacional este principio se incluyó en el art. 7 del Tratado de Lima de 1848. La norma señaló: “Las repúblicas confederadas declaran tener un derecho perfecto a la conservación de los límites de sus territorios según existían al tiempo de la independencia de la España, los de los respectivos Virreinos, Capitanías Generales, o presidencias en que estaba dividida la América Española [...]”.

68 JESÚS MARÍA YEPES, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*, Caracas, Academia Nacional de Historia Venezolana, 1955, p. 167.