

*Usos
conceptuales
del margen de apreciación
en casos de libertad
de expresión*

*Estudio comparativo entre
la Corte IDH y el TEDH*

Alexandra Sandoval Mantilla



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

E675

R438r

V.4

Sandoval Mantilla, Alexandra

Usos conceptuales del margen de apreciación en casos de libertad de expresión : estudio comparativo entre la Corte IDH y el TEDH / Alexandra Sandoval Mantilla ; traductor Miguel Ángel García Godínez ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Catalina Botero]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

xviii, 99 páginas ; 19 cm. -- (Cuadernos de regularidad constitucional ; 4)

ISBN 978-607-630-685-7

1. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – Control de regularidad constitucional – Criterios 2. Libertad de pensamiento y de expresión – Violación de los Derechos Humanos – Recomendaciones 3. Difamación – Moralidad – Estudio de casos 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Jurisprudencia – Derecho comparado I. García Godínez, Miguel Ángel, traductor II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. Botero, Catalina, escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. título VI. serie LC KGF2530

Primera edición: octubre de 2018

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva del autor y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Usos
conceptuales
del margen de apreciación
en casos de libertad
de expresión*

*Estudio comparativo entre
la Corte IDH y el TEDH*

Alexandra Sandoval Mantilla*

Miguel Ángel García Godínez
Traductor



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

* Magistrada auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

CONTENIDO

Presentación	IX
Prólogo.....	XIII
I. Introducción.....	1
II. Ámbito de la libertad de expresión	7
III. Test de proporcionalidad	19
1. Provisto por la ley.....	23
2. Servir a un fin legítimo (lista comprensiva de razones).....	26
3. Satisfacer un estándar alto de necesidad o “necesario” en una sociedad democrática	29
IV. Margen de apreciación.....	33
1. Consenso.....	38
2. Subsidiariedad	39
3. Mejor posición	42
4. Sistema interamericano y margen de apreciación	45

V. Comparación de los casos de libertad de expresión	49
1. Casos de moralidad.....	50
1.1. Caso <i>Olmedo-Bustos y otros vs. Chile</i> (<i>La última tentación de Cristo</i>)	51
1.2. Casos de moralidad de la Corte Europea	53
1.3. Conclusiones de los casos de moralidad	62
2. Casos de difamación	67
2.1. Difamación en contra de políticos	68
2.2. Difamación en contra de servidores públicos	73
2.3. Difamación en contra de Jueces.....	75
2.4. Conclusiones sobre la difamación.....	79
VI. Conclusiones generales	81
VII. Fuentes.....	89

PRESENTACIÓN

Los regímenes democráticos, tras su establecimiento, pronto notaron que las urnas eran a la vez indispensables e insuficientes para soportar todo el peso de las progresivas exigencias democráticas. Los esfuerzos por dar concreción institucional a expectativas emergentes, que tanto el gobierno de mayorías como las interfaces de representación política dejaban crecientemente insatisfechas, se encaminaron durante el siglo XX a profesionalizar el servicio público, a la creación de órganos autónomos y de regulación, al surgimiento o redefinición de la labor del Poder Judicial, e incluso a un replanteamiento de las formas de gobernar.¹ En el ocaso del siglo XX y los albores del XXI, los sistemas internacionales de derechos humanos –en los que los órganos de justicia internacional juegan un papel crucial– multiplican su incidencia para complementar este movimiento renovador de las democracias que les plantea constantemente distintos desafíos y posibles soluciones.

¹ Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Manantial, Argentina, 2009, pp.19-41.

Pierre Rosanvallon argumenta que las cortes constitucionales son “terceros reflexivos” y recuerdan “que el soberano no se reduce a su expresión electoral mayoritaria, que siempre excede esa definición”. En su función de “guardianes de las promesas que una colectividad se hace a sí misma” dan voz al “pueblo-principio”, el de los derechos, y “contribuyen al desarrollo de una multiplicación de los modos de representación, que es la única clave para una expresión más fiel de la voluntad general”. Su lógica, contrapuesta a la del número, es la del razonamiento, y deben encarnar la reflexividad e imparcialidad, y se ven robustecidos por la sustracción de las cortes de un orden partidario.² Si esto es al menos regulativamente cierto para las cortes constitucionales, no puede serlo menos para las cortes internacionales de derechos humanos, a las que podríamos concebir como voceras de un pueblo-principio más amplio e incluyente que los contenidos dentro de fronteras nacionales, y también como guardianes de las promesas que todos los seres humanos nos hacemos en el recíproco reconocimiento de un núcleo básico de derechos intrínsecos.

Las expectativas de reflexividad que pesan sobre las cortes constitucionales son también válidas para las internacionales, y ambas tienen mucho que ganar de un diálogo entre sí que ya es, para el caso de América Latina, una realidad (e incluso un objeto de estudio que gran número de juristas enmarcan bajo la denominación *Ius Constitutionale Commune*).³ Sin embargo, es bastante menos lo que podemos decir en

² *Ibidem*, pp. 201-244.

³ Véase Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* in América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

materia de diálogo entre cortes internacionales de derechos humanos, que permanecen relativamente aisladas, insertas en sus respectivos sistemas regionales.

Es en este marco de reconfiguración democrática y de demandas incrementadas de reflexividad judicial que tengo el gusto de presentar esta obra, *Usos conceptuales del margen de apreciación en casos de libertad de expresión*, en el que su autora, Alexandra Sandoval Mantilla, emprende una comparación entre las respuestas judiciales de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante problemas jurídicos emparentados por su común vinculación con el derecho a la libertad de expresión. La autora revela que estos órganos jurisdiccionales internacionales resuelven de formas contrastantes, en particular por el uso que hace el Tribunal de Estrasburgo de la doctrina del “margen de apreciación”, la cual exhibe una deferencia hacia los regímenes internos de los países que no tienen un órgano homólogo al de Costa Rica. Las observaciones de Mantilla abren un campo de indagación amplísimo para los estudios jurídicos comparados, y son un exhorto a la reflexión sobre la interpretación de los derechos humanos, en una época donde las respuestas judiciales para ese dilema adquieren un inédito relieve.

Ministro Luis María Aguilar Morales

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

La publicación que tengo el placer de presentar sobre el uso del margen de apreciación en casos relacionados con el derecho a la libertad de expresión, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reviste notable relevancia, cuando menos, por tres razones.

En primer lugar, en los tiempos que corren es cada vez más urgente profundizar los estudios comparados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, en la última década los sistemas regionales de protección de derechos humanos han sufrido graves ataques y algunos Estados parte han cuestionado incluso su propia existencia. La revisión de la noción de soberanía, amparada en renovadas propuestas nacionalistas o en el auge de gobiernos antidemocráticos, ha dado lugar al aumento de las críticas respecto del papel contramayoritario de las cortes regionales de derechos humanos frente a las decisiones internas en los respectivos Estados. En esta coyuntura –esperemos que pasajera–

es fundamental visibilizar, en perspectiva comparada, las decisiones de las cortes, especialmente en los temas más sensibles para la democracia como la libertad de expresión. La elaboración de estudios críticos y rigurosos, como el presente, ayuda además a aumentar el diálogo interregional y a diseñar respuestas novedosas que permitan a la comunidad jurídica de lado a lado del atlántico, responder a las tentaciones autoritarias de las que estamos siendo testigos y promover la protección de los derechos humanos a través de los mecanismos regionales.

Pero esta investigación tiene además un importante valor académico, pues utiliza de manera muy acertada las herramientas teóricas que son necesarias para la realización de un estudio de Derecho comparado. En este sentido, tanto el contenido como el método empleado en el texto para mostrar similitudes y diferencias de la jurisprudencia son un significativo aporte al estudio de un tema esencial del Derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, se trata de un texto completamente novedoso sobre un tema de extraordinaria importancia: el uso del margen de apreciación respecto de la restricción de discursos que pueden perturbar al poder o a la mayoría de la sociedad.

No me gustaría arruinar al lector el final del libro, pero no puedo dejar de mencionar las dos conclusiones que, a mi juicio, surgen de esta investigación. De una parte, el texto muestra la diferencia entre la robusta jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos frente a las restricciones a la libertad de expresión en nombre de la moralidad o de la reputación de funcionarios públicos

—con la lamentable excepción del caso *Mémoli*—, frente a la equívoca e inconsistente jurisprudencia de la Corte Europea en la misma materia. Para llegar a esta conclusión, el libro comienza por indicar el alcance del derecho a la libertad de expresión en los dos ordenamientos y por reconocer que, para resolver los casos sobre este derecho, las dos cortes regionales han apelado al test de necesidad (o proporcionalidad). No obstante, poco a poco se va develando la trama de la investigación: mientras la Corte Interamericana ha usado de manera relativamente sólida dicho test, la Corte Europea lo ha utilizado como una especie de fachada para amparar, en virtud de la doctrina del margen de apreciación, situaciones que han debido ser objeto de protección. No sobra mencionar que el único caso en el cual la Corte Interamericana rompió su tradición, fue en el caso *Mémoli*. En este caso, de manera implícita pero clara, la Corte empleó la doctrina del margen de apreciación para preservar una condena por difamación criminal fundamentada en una norma que la Corte ya había declarado contraria a la Convención Americana. Este caso, felizmente, es la única excepción en la línea jurisprudencial interamericana en materia de libertad de expresión (al menos hasta ahora). Sin embargo, demuestra, como lo indica la autora al final de su texto, que la falta de rigor en la aplicación de una doctrina como la del margen de apreciación, sólo hará que las dificultades de la jurisprudencia europea se expandan a nuestra región. Justamente, para que ello no ocurra, es casi obligada la lectura de investigaciones como la que se presenta en esta publicación.

Como lo señala claramente esta investigación, el problema advertido no reside en la existencia misma de la doctrina del margen de apreciación, sino en el uso que de dicha doctrina ha hecho la Corte Europea. La doctrina del margen de apreciación

no es, en sí misma, enemiga de una protección consistente de los derechos consagrados en los tratados regionales de derechos humanos. En muchos casos puede ser un criterio útil para adoptar decisiones sensibles a los contextos culturales, sin que ello suponga comprometer el contenido mínimo que se desprende del catálogo de derechos de dichos tratados. Puede además ser un instrumento útil para respetar el principio de subsidiariedad en su dimensión más democrática. Sin embargo, el texto demuestra que en casos emblemáticos en materia de libertad de expresión, la Corte Europea ha empleado esta doctrina para evadir cuestiones difíciles, para omitir el ejercicio de su jurisdicción en casos sensibles frente a Estados particularmente inamistosos y para intentar salvaguardar decisiones inconsistentes. La doctrina del margen de apreciación, en estos casos, parece más un comodín que un criterio sólido y seguro para defender el patrimonio cultural europeo que se refleja en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esta inconsistencia, como lo indica el texto, le ha valido a la Corte Europea no sólo críticas sustantivas de la academia y la comunidad jurídica, sino incluso un sensible nivel de pérdida de legitimidad frente a los Estados miembros.

Ante este hecho, el texto se pregunta si es necesario eliminar el uso de la doctrina del margen de apreciación para impedir un grado de discrecionalidad que termine disolviendo la competencia de las cortes regionales. O, por el contrario, si es necesario que las cortes internacionales implementen esta doctrina para proteger el principio de subsidiariedad y lograr un verdadero balance entre su poder y el de los Estados parte.

Y si la respuesta a este último interrogante fuera positiva –sigue el texto–, ¿cuáles son los criterios para definir el correcto uso de esta doctrina?

La autora anuncia algunos de ellos, comenzando por la necesidad de mantener el norte: cualquier solución que se adopte no puede perder de vista que, el objetivo principal de los sistemas regionales es el de promover estándares universales para la protección efectiva de los derechos humanos.

Los hallazgos de la investigación conducen a un llamado de atención: es indispensable, si en realidad se quiere garantizar la sostenibilidad de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, que las cortes apliquen de forma rigurosa, coherente y consistente los instrumentos creados para defender, de manera armónica, el conjunto de valores, principios y derechos que se encuentran en juego. En particular, es fundamental que las cortes apliquen la doctrina del margen de apreciación de una forma más sistemática y congruente, en la que resulten claras y expresas las motivaciones reales que justifican su aplicación y que dé lugar a precedentes confiables. Sólo así, dice el texto, la doctrina del margen de apreciación será mejor recibida y comprendida. Y, sólo así, su aplicación no pondrá en riesgo la sostenibilidad y la legitimidad de los correspondientes sistemas de protección. De otra manera, como lo dice esta espléndida publicación, “las dificultades respecto a la doctrina del margen de apreciación simplemente se expandirán de una región a la otra”.

Las conclusiones y recomendaciones finales de esta investigación son de enorme utilidad. Si las cortes no son conscientes de que su poder reside en la credibilidad de

sus fallos, en la interpretación y aplicación coherente y consistente del ordenamiento jurídico, en la exposición clara y suficiente de las razones en las cuales fundamentan su decisión, y en la generación de precedentes confiables, están poniendo en riesgo su propia existencia y con ella, los derechos que deben proteger. El rigor, la seriedad y los hallazgos de esta publicación son un buen llamado de atención en un momento en el cual las arremetidas antidemocráticas no aconsejan bajar la guarda.

Catalina Botero

Decana de la Facultad de Derecho Universidad de los Andes

Ex relatora de Libertad de Expresión, CIDH-OEA

I. INTRODUCCIÓN

El sistema interamericano de derechos humanos y, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es bien conocida por ser una Corte activista con respecto a la protección de los derechos humanos. Esto en virtud de los altos estándares que la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia tanto con respecto a las obligaciones que deben cumplir los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), como a las indemnizaciones que deben ser cubiertas posteriormente.

Sin embargo, el sistema no se enfrenta tan frecuentemente con situaciones que no son consideradas graves violaciones a los derechos humanos, dado que la mayoría de los casos presentados ante la Corte están relacionados con ejecuciones extrajudiciales, masacres o desapariciones forzadas.¹ Como resultado, la Corte ha tratado únicamente con pocos casos relacionados con otros derechos, tales como la libertad

¹ "La mayoría de las disputas presentadas ante ella se relacionan con ataques violentos a la vida y a la integridad corporal de los individuos. Pero la Corte ha tratado con otras cuestiones con consecuencias de largo alcance", en Christian Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism P.*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, p. 29.

de expresión. Esto está en claro contraste con la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea, TEDH o Tribunal de Estrasburgo), que ha comenzado a tratar apenas recientemente con casos que involucran violaciones graves a derechos humanos;² pero, contrario a lo anterior, cuenta con extensa jurisprudencia en derechos civiles y políticos clásicos (es decir, libertad de expresión).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana relacionada con la libertad de expresión no es muy extensa. A la fecha, únicamente 12 juicios han sido decididos por esta Corte en la materia (una recomendación y 11 peticiones individuales). Aunque la Corte IDH ha tenido pocas oportunidades de tratar con este derecho, puede considerarse amplio el tipo de casos que ha revisado, debido a que en este momento ha cubierto las cuestiones más relevantes del ámbito y aplicación del derecho. Por ejemplo, la Corte IDH revisó la legalidad de la prohibición de mostrar una película³ (censura previa); analizó la legalidad de negar acceso a tipos específicos de información (derecho al acceso a la información);⁴ indicó la responsabilidad social de los medios⁵ y estableció las circunstancias bajo las cuales puede llevarse a cabo un procedimiento judicial en contra de un periodista.⁶

² "Durante sus primeros años, el TEDH ha tenido poco que ver (...) Gradualmente, el número de casos incrementó. No sorprende que la extensión del TEDH a la Europa central y oriental trajo otro impulso a la aplicación individual", *Ibidem*, p. 244.

³ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile (La última tentación de Cristo)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de septiembre 19 de 2006. Serie C, núm. 151.

⁵ Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 106, y Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 117.

⁶ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párr. 54; Corte IDH, *Caso Palamara-Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párr. 79, y Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párr. 120.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Europea es realmente amplia en cuanto a la libertad de expresión, esto debido a que, desde que el sistema regional comenzó, la Corte ha sido capaz de tratar con todo tipo de situaciones relacionadas con esta materia específica. Además, con la introducción del Protocolo 11,⁷ ha habido un gran incremento en el número de casos que el TEDH trata cada año. Lo anterior implica que actualmente sea muy difícil seguir todas las decisiones tomadas por esta Corte.

Por lo anterior y con el fin de presentar una estructura simple y organizada del presente texto, la propuesta es formular una comparación de los dos sistemas, y tener como base la jurisprudencia de la Corte IDH. Para hacer esto, la jurisprudencia será dividida por temas principales, y se analizarán las decisiones más importantes que cumplan estos criterios de la Corte Europea .

Respecto a la libertad de expresión, puede asumirse en general que ambas cortes utilizan las mismas definiciones y espectro para conceptualizar ese derecho. La principal razón para que esto sea así es que la Corte IDH usó la jurisprudencia que ya había desarrollado el TEDH para cuando ella obtuvo el primer caso involucrado con este derecho. Relacionado con lo anterior, es relevante el desarrollo de la jurisprudencia

⁷ "La Corte Europea de Derechos Humanos se enfrenta con una enorme y siempre creciente carga de trabajo. Hasta ahora, 1998, la Corte se pronunció sólo en 837 juicios, mientras que se pronunció en 4 000 en los últimos tres años. El 18 de septiembre de 2008, la Corte Europea de Derechos Humanos entregó sus 10 000 juicios; actualmente hay algo así como 100 mil casos pendientes ante la Corte", en Rudiger Wolfrum y Ulrike Deutsch, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, Max-Planck-Institut, Berlín, 2007, s.p. Además, para una amplia explicación de la tasa creciente de solicitud en la Corte Europea. Cfr. Steven Greer, "What's Wrong with the European Convention on Human Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, núm. 3, agosto 2008, pp. 680-684.

de la Corte Interamericana al señalar que “Como es bien sabido, la Convención Americana fue modelada a partir de su contraparte europea, y la Corte Interamericana (...) desde su establecimiento, ha aprovechado fuertemente la jurisprudencia de la Corte Europea en la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.⁸ Sin embargo, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de las cortes muestra que, aunque han usado las mismas definiciones, el resultado de casos similares puede ser sustancialmente diferente.

La principal diferencia entre los dos sistemas y, muy probablemente, la razón de los diferentes resultados de sus decisiones es el uso de los criterios del “margen de apreciación”, que serán explicados más adelante en este texto. La Corte Interamericana ha rechazado aplicar éste, mientras que el sistema europeo lo ha aceptado y aplicado desde el comienzo de su jurisprudencia. La situación específica es especialmente evidente en los casos en los cuales las cortes tienen que decidir si cierto ejercicio de libertad de expresión se relaciona o se opone al concepto de “moral”.

Es importante advertir que ambas cortes aplican el test de proporcionalidad con el fin de establecer exactamente si la limitación al derecho de libertad de expresión está permitida a la luz de las convenciones.⁹ Sin embargo, la tendencia de la Corte Europea de basar las decisiones de los juicios en la doctrina del margen de apreciación,

⁸ Thomas Buergenthal, “The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction”, en Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European perspective, Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, p. 12.

⁹ Como es bien sabido, los tratados regionales de derechos humanos crearon ambas cortes: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana) y el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (en adelante, CEDH o Convención Europea). En el sistema interamericano hay otra fuente más

finalmente ha creado una laguna en las aproximaciones de cada corte hacia ese derecho. Como Arai¹⁰ ha expuesto, el uso del margen de apreciación puede variar dependiendo del tipo de situación con el que la Corte Europea está tratando. Por lo tanto, “las variables que afectan el ámbito del margen son complejas y diversas [y] muchos casos involucran más que una variable determinante”.¹¹ Por tanto, de acuerdo con esta teoría, la aplicación del margen sería diferente dependiendo del tipo de casos (hechos) o ámbito del derecho que está siendo analizado. Para formular una mejor comparación de los casos de ambas cortes, los temas a discutir en el presente texto serán divididos en los siguientes: *i*) consideración moral; y *ii*) difamación.

Habiendo explicado el contexto de manera amplia, el propósito de este artículo es establecer si el uso de la doctrina del margen de apreciación es la razón principal para el resultado diferente de los casos decididos por la Corte Interamericana y la Corte Europea, así como el efecto que esta situación tiene en el ejercicio y los estándares para la protección del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la pregunta que subyace a este análisis es si esta doctrina es necesaria para que un tribunal internacional se ocupe correctamente de casos de libertad de expresión y, por lo tanto, evaluar si sería una buena decisión que el sistema interamericano comenzara a utilizar esta doctrina de forma regular.

específica para el derecho a la libertad de expresión: la Declaración de principios de la libertad de expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en octubre del 2000.

¹⁰ Cfr. Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Intersentia, Amberes, 2002, en esp. Cap. 6.

¹¹ *Ibidem*, p. 102.

Para alcanzar el objetivo mencionado, las siguientes cuestiones serán analizadas:
i) el ámbito de la libertad de expresión; *ii)* la aplicación del test de proporcionalidad;
iii) la definición del margen de aplicación; *iv)* la comparación de los casos de libertad de expresión (temas anteriormente mencionados); y *v)* conclusiones.

II. ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión es considerado uno de los derechos humanos núcleo por una serie de razones. Primero, es un derecho que ha sido a menudo reconocido dentro de tratados internacionales de derechos humanos, así como en constituciones nacionales.¹² Segundo, es aceptado que la libertad de expresión es esencial en una sociedad democrática, dado que: *i*) los debates sociales y políticos son generados por un intercambio constante de información y opiniones; *ii*) el ejercicio de este derecho constituye un mecanismo ideal para encontrar la verdad; *iii*) “el enfrentamiento desinhibido y la consecuente comprobación de opinión e ideas se dice que constituye la mejor forma de incrementar el conocimiento;”¹³ *iv*) es considerado

¹² “Una encuesta de 1978 encontró que de 142 constituciones del mundo, 124 (87.39%) contenía una garantía de libertad de expresión. En contraste, solamente entre el 66 y 46.5%, prohibía la tortura o el trato cruel, inhumano y degradante”, en Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley (eds.), *European Human Rights Law. Text and Materials*, 3a. ed., Oxford Press, University Press, Oxford, 2008, p. 235.

¹³ *Ibidem*.

inherente a la condición humana, dado que permite la comunicación y, por tanto, la interacción dentro de la sociedad; y v) la libertad de expresión es un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos (p.ej., libertad religiosa o educación).

La importancia de este derecho ha sido aceptada por ambas cortes desde sus primeras sentencias en la materia. En consecuencia, ambas cortes usan comúnmente el siguiente párrafo para resaltar la importancia de garantizar el mismo:

La libertad de expresión constituye una de las bases esenciales de una sociedad como tal, una de las condiciones primordiales para su progreso y el desarrollo de un hombre. El artículo 10(2) es válido no sólo para la información o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino incluso para aquellas que conmocionan, preocupan u ofenden al Estado o a cualquier sector de la población. Esos son los requisitos del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales ninguna 'sociedad democrática' puede existir.¹⁴

Para una mejor comprensión de los casos que serán analizados más adelante, es necesario presentar el ámbito general del derecho a la libertad de expresión. Como se mencionó antes, el ámbito y la definición de ese derecho son similares en ambas cortes. El que la Corte Interamericana tratara con este derecho por primera vez mucho

¹⁴ TEDH, *Caso Handyside*. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 49; TEDH, *Caso The Sunday Times*. Sentencia de 26 de abril de 1979, núm. 6538/74, párr. 59 y 65; TEDH, *Caso Barthold*. Sentencia de 25 de marzo de 1985, núm. 7.805/77, párr. 55; TEDH, *Lingens vs. Austria*. Sentencia de 8 julio de 1986. Serie A, núm. 103, párr. 41; TEDH, *Müller y otros vs. Suiza*. Sentencia de 24 de mayo de 1988, núm. 10737, párr. 33; y TEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*. Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Serie A, núm. 295-A, párr. 49. Además, Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado.

después de haber sido creada, le hizo voltear a la jurisprudencia del Tribunal Europeo con el fin de establecer los estándares para esta materia. En las siguientes líneas se resumirá el principal ámbito de este derecho. Para simplificar la explicación de esos estándares, el ámbito del sistema interamericano será presentado primero, y las diferencias o similitudes con el sistema europeo serán subrayadas.

Es necesario entender las obligaciones y requisitos de un Estado para respetar y asegurar el artículo 13 de la Convención Americana. En este punto, es relevante advertir que la CADH (...) usa la doble fórmula 'respetar y asegurar' (artículo 1o.) "(...) [Esto implica que] sus deberes van más allá de la simple no-interferencia. Ellos tienen, en cambio, que jugar un papel activo en encargarse de que todos puedan, efectivamente, beneficiarse de las proposiciones jurídicas que describen ventajas específicas que deben recibir bajo la garantía de los derechos humanos".¹⁵ Además, el artículo 2 de la Convención indica que los Estados contratantes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para cumplir con el derecho específico.¹⁶ Como regla general, la Corte Interamericana ha establecido que una violación puede ser cometida por la acción u omisión de agentes del Estado, incluyendo agentes judiciales, o por particulares por aquiescencia del Estado.¹⁷ En particular, el artículo 13 de la CADH establece que:

¹⁵ Christian Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, 2a. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 259.

¹⁶ Cfr. Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, José A. Guevara (coomps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2006, p. 407.

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 19 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 164. "Cualquier impedimento de esos derechos, que puede ser atribuido bajo las reglas del Derecho internacional a la acción u omisión de una autoridad pública, constituye un acto imputable al Estado, que asume la responsabilidad en los términos provistos por la convención".

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a *censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia*, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. (Énfasis añadido).

El Convenio Europeo hace también referencia directa a la obligación de respetar los derechos humanos (artículo 1o. del CEDH) y, más recientemente, el TEDH ha aceptado que la Convención Europea cubre obligaciones positivas, que están intrínsecamente relacionadas con la obligación de garantizar.¹⁸ El artículo 10 del Convenio Europeo no es tan específico y puede ser considerado como menos basado en derechos que el de la Convención Interamericana,¹⁹ como se aprecia de la forma en que está establecido:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la pro-*

¹⁸ TEDH, *Caso Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 128.

¹⁹ Corte IDH, *Membresía obligatoria en una asociación prescrita por la Ley para la Práctica del Periodismo* (artículos 13 y 29 CADH). Opinión consultora OC-5/85 de noviembre 13, 1985. Serie A, núm. 5, párr. 50 "Una comparación del artículo 13 con las disposiciones relevantes del Convenio Europeo (artículo 10) y el Pacto (artículo 19) indica claramente que las garantías contenidas en la Convención Americana respecto a la libertad de expresión fueron diseñadas para ser más generosas y reducir a un mínimo básico las restricciones que impiden la libre circulación de ideas".

tección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. (Énfasis añadido)

En este punto, es importante clarificar que el caso de Olmedo Bustos (*La última tentación de Cristo*) fue la primera petición individual que fue presentada ante la Corte IDH concerniente al artículo 13 de la CADH. Sin embargo, antes de este caso, la Corte había analizado este artículo en la opinión consultiva con relación a "la membresía obligatoria en una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo". La Corte Interamericana comenzó por establecer que el derecho a la libertad de expresión tiene dos dimensiones: una individual y una social.²⁰ La primera dimensión implica que el Estado no debería interferir o limitar arbitrariamente las expresiones y pensamientos de su pueblo. Por el otro lado, la segunda involucra el derecho colectivo de la sociedad a recibir información y tener acceso a todas las expresiones de otros miembros de la sociedad. Este enfoque fue confirmado por la Corte IDH en las sentencias que vinieron después.²¹

²⁰ Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado, párr. 30. La mayoría de los juicios respecto a la libertad de expresión sobre la Corte IDH incluyen el siguiente párrafo: "El derecho protegido por el artículo 13 consecuentemente tiene un ámbito y carácter especiales, que son evidenciados por el aspecto dual de la libertad de expresión. Requiere, por otra parte, que ninguno sea arbitrariamente limitado o impedido en la expresión de sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada individuo. Su segundo aspecto, por otro lado, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y tener acceso a los pensamientos expresados por otros".

²¹ Por ejemplo, los siguientes casos repiten el enfoque de las "dos dimensiones": Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, ya citado, párr. 108; Corte IDH, *Caso Ivcher-Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 146; y Corte IDH, *Membresía obligatoria en una asociación prescrita por la Ley para la Práctica del Periodismo* (arts. 13 y 29 CADH). Opinión consultora OC-5/85 del 13 de noviembre 1985. Serie A, núm. 5, párr. 30.

El Tribunal Europeo sigue un enfoque similar en esta definición. Independientemente de lo anterior, este tribunal distingue entre el tipo de información y el ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, distingue entre expresiones políticas, artísticas y comerciales.²² Esta distinción es útil para poder indicar el nivel de protección en ciertas situaciones. Por ejemplo, la expresión política será más protegida para garantizar “el mercado de las ideas”. Esto es necesario en una sociedad democrática, dado que el debate político o la crítica específica sobre una cierta materia ayuda a construir una democracia saludable.²³ Adicionalmente, parece que la naturaleza y las formas de expresión que están protegidas por el TEDH son extensas, dado que no sólo incluyen “información e ideas que son recibidas favorablemente, sino expresión que podría ser considerada ofensiva y que podría ofender, conmocionar o perturbar el Estado o cualquiera sector de la población”.²⁴

Con respecto a la primera dimensión, la Corte Interamericana también consideró que “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que además incluye, inseparablemente, el derecho a usar cualquier método apropiado para difundir el pensamiento y permitirle llegar al mayor

²² Cfr. David J. Harris, Michael O'Boyle y Colin Warbrick, *Law of the European Convention*, Butterworths, Londres, 2014, p. 397. Además, el artículo 10 implica que “los medios de expresión protegida se extienden más allá del discurso para incluir medios impresos, radio, televisión, radiodifusión y película”, en Lord Lester, David Pannick, y Javan Herberg (eds.), *Human Rights Law and Practice*, Lexis Nexis, Butterworths, Londres, 2000, p. 200.

²³ “La Corte consistentemente da un nivel más alto de protección a publicaciones y discursos que contribuyen a debates sociales y políticos, crítica e información, en el sentido más amplio. La expresión artística y comercial, en contraste, recibe una protección más baja”, en Clarey Obey, Robin C. A. White, *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 319.

²⁴ Lord Lester of Herne Hill, David Pannick, *Human Rights...*, op. cit., p. 198. También en: TEDH, *Caso Castells vs. España*. Sentencia de 13 de abril de 1992, párr. 42.

número de personas”.²⁶ De este modo, si la diseminación o publicación de cierto pensamiento está prohibida, entonces la libertad de expresión habrá sido afectada. La jurisprudencia del TEDH incluye además todas las formas de expresión, no sólo el de habla, dado que “el artículo 10 de la Convención Europea se refiere a expresión (...) el uso de esta palabra deja también en claro que la expresión artística, como la pintura, la fotografía, la escultura, y la música, está incluida.”²⁶

Por otro lado, la Corte IDH consideró que la segunda dimensión de este derecho incluye, “el derecho y la libertad de buscar, recibir y comunicar información e ideas de todos los tipos”.²⁷ La principal idea es que para un ciudadano común es tan importante ser capaz de acceder a las opiniones de otras personas como lo es el poder expresarse él mismo. Aunque la Corte Interamericana hizo la distinción entre las dos dimensiones del derecho, estableció que “ambas dimensiones son de igual importancia y deberían ser garantizadas simultáneamente con el fin de dar efecto total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos del artículo 13 de la Convención”.²⁸ Esto se explica en parte porque la limitación arbitraria a la libertad de expresión vulnera ambas dimensiones al mismo tiempo.²⁹

²⁶ *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile (La última tentación de Cristo)*, ya citado, párr. 65. La Corte ha establecido además que: “cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión incluye el derecho a transmitir información e ideas aunque ‘cualquier... medio’ enfatiza el hecho de que la expresión y difusión de ideas e información son conceptos indivisibles”.

²⁶ Richard Stone, *Civil Liberties and Human Rights*, 6a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 282.

²⁷ Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado, párr. 64.

²⁸ *Ibidem*, párr. 67.

²⁹ Corte IDH, *Caso Palamara-Iribarne vs. Chile*, ya citado, párr. 107; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111. párr. 81; Corte IDH, *Membresía obligatoria en una asociación prescrita por la Ley para la Práctica del Periodismo* (artículos 13 y 29 CADH). Consejo consultivo OC-5/85 de noviembre

Adicionalmente, la Convención Interamericana es clara en cuanto a que la censura previa está prohibida. Únicamente la responsabilidad civil consecuente es admisible a la luz de esta Convención, lo cual significa que un Estado no puede impedir a nadie expresar por cualquier medio una idea u opinión. Sin embargo, es posible que esta expresión afecte uno de los requisitos consagrados en la Convención y, en consecuencia, la persona tendría que asumir la responsabilidad que está establecida en la ley. Como fue indicado en el caso *Herrera Ulloa*: “el artículo 13.2 prevé expresamente la posibilidad de requerir la responsabilidad civil consecuente por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, y es únicamente a través de este mecanismo que las restricciones admisibles a la libertad de expresión pueden ser establecidas”.³⁰ No obstante, la única excepción a la prohibición en contra de la censura previa se encuentra dentro del artículo 13.4 de la CADH, de conformidad con el cual, “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

En este punto, es importante mencionar que, aunque la Corte mencionó en su resolución la restricción específica permitida al derecho a la libertad de expresión dentro del artículo 13.4, la Corte, en algunos de los casos relacionados siguientes con este derecho, mencionó otras posibilidades o situaciones en las cuales es posible limitar el derecho. A este respecto, es importante señalar que el artículo 13.5 de la

13, 1985. Serie A, núm. 5, párr. 33; Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, ya citado, párr. 101.1). a); CIDH, Informe núm. 90/05. Caso 12.142. *Caso Alejandra Marcela Matus Acuña y otros*, Chile, 24 de octubre de 2005, párr. 39.

³⁰ CIDH, Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, párr. 93.

CADH provee otros tipos de limitaciones a la libertad de expresión. Específicamente, este artículo claramente establece que “el discurso de odio y otras formas de expresión que se dirigen a la destrucción de los derechos de los demás son contra la ley. Sin embargo, a la fecha, no hay comisión o jurisprudencia judicial sobre alguna de esas cuestiones”.³¹

La censura previa está prohibida por el uso de cualquier medio. Esta es la razón por la que el artículo 13.3 de la Convención Americana prohíbe además la limitación arbitraria del derecho por métodos o vías indirectas. Para establecer si algún método indirecto fue usado con el fin de violar la libertad de expresión, es obligatorio tomar en cuenta el contexto y las circunstancias del caso. Referente a esto, en el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte IDH indicó que “cuando se evalúa una presunta restricción o limitación a la libertad de expresión, la Corte no se restringirá a examinar el acto en cuestión, sino que además deberá examinar ese acto a la luz de los hechos del caso como un todo, incluyendo las circunstancias y el contexto en el que ocurrieron”.³² La Corte Europea ha establecido estándares similares en varios casos.³³ Incluso es importante tener en consideración que “el artículo 10 protege no sólo la sustancia de las ideas o de la información expresadas, sino además la forma en la que son transmitidas”.³⁴

³¹ Scott Davidson, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, en David J. Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1998, p. 266.

³² Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 154.

³³ Cfr. TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, párr. 32; y TEDH, *Caso Sürer y Özdemir vs. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999, párr. 57 (iii).

³⁴ L. Lester, D. Pannick y J. Herberg, *Human Rights Law...*, op. cit., p. 198.

En el caso Herrera Ulloa, la Corte IDH hizo además una distinción entre hechos y valores. En el caso particular, “la Corte denegó la defensa de justificación porque no había probado la veracidad de los hechos reportados en los diarios europeos. Este estándar de prueba es una limitación excesiva a la libertad de expresión que no coincide con el artículo 13.2 de la Convención”.³⁵ En la misma dirección, la Corte Europea hace además distinción entre hechos y valores, y ha establecido que “la prueba de las declaraciones de hecho no puede ser tal que éstas obstaculicen la libertad de prensa”.³⁶ La racionalidad detrás del estándar ampliado por el TEDH consiste en que los hechos pueden ser probados, mientras que los valores, en general, no.³⁷ Sin embargo, el TEDH ha indicado que esto no implica que todos los valores son aceptables, dado que “incluso los juicios de valor requieren, por lo menos, una base delgada de hecho”.³⁸

Finalmente, hay una discusión interesante con respecto a si la Corte Europea permite o no censura previa.³⁹ Leyendo el artículo 10, esta situación no es clara, dado que ese artículo indica que “el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones”. En este sentido, la Corte Interamericana considera que la Convención Europea es “a su vez (...) más restrictiva que la Convención Americana, aunque

³⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, ya citado, párr. 133.

³⁶ TEDH, *Caso Thoma vs. Luxemburgo*. Sentencia de 29 de marzo de 2001, núm. 38432/92, párr. 62.

³⁷ TEDH, *Caso Lingens vs. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986. Serie A, núm. 103, párr. 46; TEDH, *Caso Oberschlick vs. Austria*. Sentencia de 23 de mayo de 1991. Serie A, núm. 204, párr. 63 y TEDH, *Caso Ukrainian Media Group vs. Ucrania*. Sentencia de 29 marzo de 2005.

³⁸ C. Obey y R. White, *The European Convention...*, *op. cit.*, p. 326.

³⁹ Para más información respecto a esta discusión, véase: Heleen Bosmba, *Freedom of Expression in England and Under the ECHR: In Search of a Common Ground*, Hart-Intersentia, School of Human Rights Research, vol. 6, Cambridge, 2000, pp. 162-169.

sea sólo porque no prohíbe expresamente la censura previa”.⁴⁰ Otro hecho que ha mantenido esta discusión se basa en las declaraciones de la Corte Europea en el caso *el Observer y el Guardian*, en el cual indica que “el artículo 10 de la Convención no prohíbe la imposición de restricciones previas en la publicación como tal”.⁴¹ Sin embargo, es justo señalar que el TEDH ha indicado además que “los peligros inherentes de la restricción previa son tales que requieren el escrutinio más cuidadoso por parte de la Corte”.⁴² Las declaraciones de la Corte acerca de este tema parecen afirmar que aunque la censura previa no está prohibida, su escrutinio y evaluación por medio de la aplicación del test de proporcionalidad que la Corte debería realizar en este tipo de casos son más estrictos. No obstante, la interpretación específica de el TEDH en esta cuestión no es lo suficientemente clara.

Como conclusión, se puede señalar que ambas cortes consideran la libertad de expresión como un derecho con amplio alcance que necesita ser totalmente protegido para garantizar y mejorar la democracia. Es claro que las definiciones y conceptos básicos relacionados con este derecho son, si no iguales, al menos realmente próximos para ambas cortes. Sin embargo, la Convención Europea y la Convención Americana consagran los requisitos bajo los cuales este derecho puede ser limitado. La metodología usada por ambas cortes para establecer si una cierta limitación es arbitraria o no será analizada en el siguiente capítulo.

⁴⁰ Corte IDH, *Membresía Obligatoria en una asociación prescrita por la Ley para la Práctica del Periodismo* (artículos 13 y 29 CADH). Opinión consultiva OC-5/85 de noviembre 13, 1985. Serie A, núm. 5, párr. 45.

⁴¹ Cfr. TEDH, *Caso The Observer and Guardian vs. Reino Unido*. Sentencia de 26 de noviembre de 1991, párr. 60.

⁴² Confirmado en: TEDH, *Caso Wingrove vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de noviembre de 1996, núm. 17419/90, párr. 52.

III. TEST DE PROPORCIONALIDAD⁴³

Dado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, se aceptan limitaciones.⁴⁴ Sin embargo, las limitaciones no deberían restringir el derecho en una forma tal que afecte su esencia o núcleo. Con base en ambas convenciones, las dos cortes han desarrollado un tipo de metodología, el llamado 'test de proporcionalidad', que les permite determinar si una restricción específica, tomada por un miembro del Estado, se da de acuerdo al espíritu de las convenciones. Es necesario advertir que el test de proporcionalidad no es exclusivo del derecho a la libertad de expresión, puesto que también se usa para establecer si hubo alguna limitación en otros tipos

⁴³ "Cuando la Corte sopesa intereses diversos, normalmente se refiere a la doctrina de la 'proporcionalidad', la cual se originó en el siglo XIX del Derecho alemán y fue mencionada por primera vez por la Comisión en 1960". En Marie-Bénédicte Dembour, *Who Believes in Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 70.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Kímel vs. Argentina*, ya citado, párr. 54; Corte IDH, *Caso Palamara-Iribarne vs. Chile*, ya citado, párr. 79; Corte IDH, *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 120; Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193, párr. 110; Corte IDH, *Ríos y otros vs. Venezuela*, ya citado, párr. 106; Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, ya citado, párr. 117; CIDH, Informe Annual, 1994. OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9 rev. 1, 17 de febrero de 1995, capítulo V.

de libertades de acuerdo con la Convención. Por ejemplo, en el sistema europeo, el test de proporcionalidad ha sido usado para la protección de los artículos 8 al 11, los cuales garantizan los cuatro derechos de libertad personal más básicos en una sociedad democrática: el derecho a respetar la vida privada y familiar, libertad de religión, libertad de expresión, y libertad de reunión y asociación pacífica.⁴⁵ También se utiliza para resolver la competición entre dos derechos, en otras palabras: cuando dos personas autorizadas con derechos equivalentes tienen una disputa entre sí, la Corte necesita balancear⁴⁶ esos derechos para determinar qué pretensión será respaldada.⁴⁷

Por tanto, "incluso cuando los órganos de Estrasburgo encuentran una interferencia con un derecho (...), se requiere una examinación adicional para determinar si cumple con los tres estándares establecidos en la jurisprudencia".⁴⁸ Esto significa que una vez que una corte ha establecido que una limitación ha ocurrido, el siguiente paso necesario es determinar si esta limitación está de acuerdo con los requerimientos o estándares establecidos por las convenciones de derechos humanos. Por lo tanto, no hay una regla general acerca de qué tipos específicos de restricciones están per-

⁴⁵ M. Dembour, *Who Believes in Human Rights*, op. cit., p. 70

⁴⁶ Es importante considerar que: "la ponderación en general ha sido objeto de profundas críticas, que cuestionan su adecuación para dirigir la operación de las demandas de derechos humanos, las cuales se consideran, por naturaleza, restricciones a las acciones públicas". En Jill Marshall, *Personal Freedom Through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 40.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁸ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, op. cit., p. 9.

mitidos o no, por el contrario, esta conclusión ha de tomarse a través de un análisis de caso por caso.

De acuerdo a la jurisprudencia del TEDH, los tres estándares son: *i*) la limitación debe ser “de acuerdo con la ley” o “prescrita por la ley”; *ii*) la interferencia debe perseguir un fin legítimo; y *iii*) la limitación ha de ser considerada “necesaria en una sociedad democrática”. La Corte Europea da especial importancia al principio de proporcionalidad, porque es considerado “inherente en la evaluación del derecho de una persona individual y el público general”.⁴⁹

Además de los principales requisitos consagrados en la TEDH, “el artículo 10.2 enfatiza que la justificación para las restricciones consiste en que el derecho a la libre expresión conlleva ciertas responsabilidades”.⁵⁰ Dado que el nivel de responsabilidad varía según el tipo de discurso empleado (p.ej. discurso civil, político o comercial), esto implica que la flexibilidad del test de proporcionalidad también varía. Como se mencionó en el capítulo anterior respecto de “el ámbito del derecho”, la Corte Europea tiende a conceder protección especial al discurso político y es menos estricta en los casos de los discursos comercial o publicitario.⁵¹ Especialmente, en los casos donde la prensa estuvo involucrada, el Tribunal de Estrasburgo “asegura que la restricción impuesta a la prensa no le impide la realización de su objetivo de proveer información y

⁴⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁰ L. Lester, D. Pannick y J. Herberg, *Human Rights Law...*, *op. cit.*, p. 201.

⁵¹ Cfr. Mireille Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres-Boston, 1992, pp. 64-71 y C. Obey y R. White, *Jacobs and White: The European...*, *op. cit.*, p. 320.

ser un vigilante público".⁵² El sistema interamericano tiene las mismas consideraciones en esta materia.⁵³

Por otro lado, el sistema interamericano ha desarrollado el test tripartito. Como el Relator especial de la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) indicó en el Reporte anual del 2009, el test de proporcionalidad es principalmente entendido como sigue: "(1) la limitación debe haberse definido en una forma clara y precisa por la ley, en el sentido formal y material; (2) la limitación debe cumplir objetivos convincentes autorizados por la Convención; y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para cumplir con los objetivos convincentes perseguidos, estrictamente proporcional al objetivo perseguido y apropiada para cumplir con dicho objetivo".⁵⁴

Se dice que los tres estándares ocupan igual lugar dentro del test de proporcionalidad. Esto implica que esos estándares deben ser cumplidos simultáneamente. En otras palabras, si una Corte averigua que al menos un estándar no fue satisfecho, la limitación fue arbitraria y, por lo tanto, se cometió una violación al derecho a la libertad de expresión. La idea de "la interpretación como un todo" ha implicado que el TEDH considere "que no es necesario examinar si ha habido una violación respecto a otras condiciones, si ya ha encontrado un requerimiento de falla en el caso anterior".⁵⁵

⁵² M. Delmas-Marty, *The European Convention...*, *op. cit.*, p. 63.

⁵³ CIDH, Informe Anual 2009, ya citado, párr. 64.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 68.

⁵⁵ Jukka Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Tampere University Press, Tampere, 2003, p. 117.

En las siguientes líneas se presenta un resumen de los principales estándares que ambos tribunales usan:

1. Provisto por la ley

La limitación ha de ser definida en una forma clara y precisa por la ley, en el sentido formal y material. En este punto, es importante advertir que la Corte IDH ha establecido el sentido formal al afirmar que una regla puede ser considerada "ley". A este respecto, la Corte Interamericana considera que "la palabra 'ley' usada (en el artículo 30) se refiere a las leyes en el sentido formal –una norma jurídica aprobada por la legislatura y promulgada por el Poder Ejecutivo en la forma prescrita por la Constitución– "o si, por otro lado, se usa en el sentido material, como un sinónimo del cuerpo entero de la ley (ordenamiento jurídico), sin considerar el procedimiento seguido en la creación de tales normas y el rango normativo asignado dentro del orden jerárquico del sistema jurídico particular".⁵⁶ En ese sentido, la Corte considera "que las restricciones a los derechos básicos solamente serán establecidas por una ley aprobada por la legislatura de acuerdo con la Constitución".⁵⁷ Este estándar implica que la Corte IDH analizará si la limitación fue consagrada dentro de una "ley", en el sentido formal. Una de las razones por las que la Corte Interamericana es tan estricta sobre esta cuestión es el hecho de que la mayoría de los países latinoamericanos tienen sistemas presidenciales que conceden gran poder al Ejecutivo. Por tanto, la exigencia de las limitaciones de un derecho tiene que ser el resultado de un procedimiento legislativo.

⁵⁶ Corte IDH, "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Uruguay. Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 22.

⁵⁷ *Ibidem*.

Esto garantiza que la decisión fue tomada después de la discusión y el consenso democráticos, y que no es una decisión arbitraria del Ejecutivo, tomada, por ejemplo, mediante la promulgación de un decreto.

El Tribunal de Estrasburgo, por el otro lado, no ha definido qué tipo de regla puede ser considerada ley en el sentido formal. La Corte Europea no establece el procedimiento específico bajo el cual la ley tiene que ser promulgada, así "la Corte permite una amplia discreción nacional en la interpretación de la ley interna y en la determinación de si los procedimientos de creación de la ley han sido seguidos".⁵⁸ Debido al margen concedido a los Estados contratantes, esta Corte considera que no es posible establecer "precisión absoluta en el marco de la leyes, particularmente en los campos en los cuales la situación cambia de acuerdo a los puntos de vista prevalentes de la sociedad".⁵⁹ La Convención Europea está destinada a ser un documento vivo. Adicionalmente, el concepto de 'ley' empleado no puede ser interpretado en lo abstracto y, consecuentemente, no debe ser divorciado del contexto del sistema jurídico que le da sentido al término 'leyes' y afecta su aplicación.⁶⁰

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Europea ofrece algunos detalles acerca de los requisitos que una regla tiene que cumplir para ser considerada una ley: i) se ha indicado que la ley no tiene que ser escrita,⁶¹ por lo que incluye sistemas del

⁵⁸ Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 202.

⁵⁹ TEDH, *Caso Barthold vs. Alemania*. Sentencia de 25 de marzo de 1985, párr. 47.

⁶⁰ TEDH, *Caso The Sunday Times vs. Reino Unido*, ya citado, párr. 47.

⁶¹ TEDH, *Caso Drozd y Janousek vs. Francia y España*. Sentencia de 26 de junio de 1992, párr. 107.

Common Law; ii) la ley tiene que ser adecuadamente accesible y suficientemente precisa;⁶² y iii) la “previsibilidad” es uno de los requisitos inherentes del término “prescrito por la ley”.⁶³ En consecuencia, se puede decir que la Corte Europea se enfoca más en la “cualidad”⁶⁴ de la ley que en el procedimiento bajo el cual fue promulgada.

La accesibilidad de la ley denota que está a la disposición razonable de una persona; esto implica que la persona “debe poder tener una indicación que sea adecuada en las circunstancias de las reglas jurídicas aplicables a un caso dado”.⁶⁵ Con respecto a la precisión de la ley, el TEDH ha indicado que “una norma no puede ser considerada como una ‘ley’ a menos que sea formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano –si es necesario, con asesoría apropiada– prever, a un grado que sea razonable según las circunstancias, las consecuencias que pueda implicar una cierta acción”.⁶⁶ La Corte Europea ha aceptado que algunas veces la ley puede enmarcarse en términos generales, y por lo tanto la interpretación o el establecimiento de las consecuencias particulares de ésta pueden requerir pericia jurídica.⁶⁷ Sin embargo, el nivel de precisión para una ley depende de la cuestión que está regulando.⁶⁸

⁶² Cfr. TEDH, *Caso Amuur vs. Francia*. Sentencia de 25 de junio de 1996, ap. 19776/92, párr. 50; TEDH, *Caso Steel y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 23 de septiembre de 1998, párrs. 54-55; TEDH, *Caso Baranowski vs. Polonia*. Sentencia de 28 de marzo de 2000, núm. 28358/1995, ap. 85, párr. 51.

⁶³ TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, ya citado, párr. 29.

⁶⁴ “La Corte ha expresado además esta idea en otros términos refiriéndose a la calidad de la ley, requiriéndole que sea compatible con el Estado de derecho que se menciona expresamente en el preámbulo de la Convención”. En J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...*, op. cit., p. 187.

⁶⁵ TEDH, *Caso The Sunday Times vs. Reino Unido*, ya citado, párr. 49.

⁶⁶ TEDH, *Caso Olsson vs. Suecia*. Sentencia de 24 de marzo de 1988. Serie A, núm. 130, ap. 10465/83, párr. 61 (a).

⁶⁷ TEDH, *Caso Groppera Radio AG y Otros vs. Suiza*. Sentencia de 28 de marzo de 1990, ap. 10890/84, (CIDH 1990), párr. 68.

⁶⁸ TEDH, *Caso Vogt vs. Alemania*. Sentencia 26 de septiembre de 1995. Serie A, núm. 323, ap. 17851/91, párr. 48.

Por lo tanto, la Corte ha desarrollado el test de previsibilidad o precisión. De acuerdo al TEDH, este test depende de tres factores: “el contexto del instrumento considerado, el campo designado a cubrir, y el número y estatus de aquellos a quienes se dirige”.⁶⁹

En este punto, es relevante advertir que el sistema interamericano toma en cuenta además si la ley fue accesible y precisa. En este sentido, la Comisión Interamericana ha indicado que “las leyes que establecen límites a la libertad de expresión deben ser esbozados en los términos más claros y específicos posibles, puesto que el marco jurídico debe proveer certeza jurídica al público”.⁷⁰ Por tanto, el hecho de que el sistema interamericano establezca el tipo de procedimiento necesario (en un sentido formal) para promulgar una ley, no significa que el sentido material no sea parte del análisis en este respecto.

2. Servir a un fin legítimo (lista comprensiva de razones)

La limitación debe servir objetivos convincentes autorizados por las convenciones. Los artículos 10.2 del CEDH y el 13.2 de la CADH establecen una lista comprensiva de razones para la legítima limitación. El artículo 10.2 indica una lista larga de razones que permitirán la restricción del derecho, tales como: “i) intereses de seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública; ii) impedir el desorden o el crimen; iii) protección de la salud o la moral; iv) protección de la reputación o los derechos de

⁶⁹ TEDH, *Caso Chorherr vs. Austria*. Sentencia de 25 de agosto de 1993. Serie A, núm. 266-B, párr. 25 y TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, ya citado, párr. 29.

⁷⁰ CIDH, Informe Anual 2009, ya citado, párr. 70.

otros; v) impedir la divulgación de información recibida en confidencia; o vi) para el mantenimiento de la autoridad y la imparcialidad de la judicatura". Mientras que el artículo 13.2 de la CADH únicamente indica tres requisitos: i) el respeto de los derechos o la reputación de otros; ii) la protección de la seguridad nacional y el orden público; o iii) salud pública o moral. Ambas listas de razones son exhaustivas.

Es importante advertir que "la forma en la cual el artículo 13 de la Convención Americana está esbozado difiere significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, el cual es formulado en términos muy generales. Sin la referencia específica en este último a lo 'necesario en una sociedad democrática', habría sido extremadamente difícil delimitar la larga lista de restricciones permisibles".⁷¹ De hecho, el análisis específico de un propósito declarado está intrínsecamente relacionado con el estándar "necesario en una sociedad democrática", dado que las razones para la limitación son numerosas, e incluso algunas veces, difíciles de distinguir (p.ej., seguridad pública y desorden).

Adicional a lo anterior, el que la lista de razones de la Convención Europea sea realmente larga y tome en cuenta todo tipo de situaciones, generó la carencia de sentencias que condenen a los Estados sobre esta base,⁷² dado que es posible hallar una razón específica para basar un propósito que los Estados desean perseguir. En

⁷¹ Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, ya citada, párr. 45.

⁷² "En la práctica actual no es muy común que surja una disputa sobre si en los hechos del caso una limitación tenía un propósito reconocido". (Loukis G. Loucaides, "Restrictions or Limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights", en *Essays on the Developing Law on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1995, p. 189).

el mismo sentido, es posible reconocer una tendencia de la Corte Europea para determinar que cierto objetivo o propósito alegado por un Estado no es legítimo o contrario a la Convención, dado que “es obvio que el umbral para pronunciar algo tan radical como la falta de un objetivo legítimo en términos claros es alto, y por lo tanto tales expresiones son poco comunes”.⁷³ Sin embargo, esta amplia aprobación de objetivos presentados por los Estados puede ser peligrosa en el sentido de que puede crear una costumbre de aceptarlos sin una evaluación rigurosa o incluso acordando en el reconocimiento de objetivos o razones que no están consagrados en el CEDH.

Adicionalmente, Yutaka Arai expuso otra razón para esto:⁷⁴ el grado de gobierno democrático dentro de los Estados, que ratificaron la Convención Europea, es realmente alto y, por lo tanto, esos Estados no están interesados de que se les acuse de tomar decisiones arbitrarias basados en propósitos que no están consagrados en la Convención. No obstante, el nivel de democracia en la región ha cambiado, especialmente desde la adhesión de países del este y algunos otros de Europa central no es posible encontrar una herencia común en esta materia. Por tanto, la suposición hecha por Arai parece ser extremadamente general.

Finalmente, otra razón que explica esta situación parcialmente es que los objetivos legítimos y los requisitos de necesidad están estrechamente vinculados. Como lo presentó Viljanen, el Tribunal de Estrasburgo tiene una tendencia a evaluar estos dos requerimientos juntos, dado que “el test de necesidad se presentó antes de la lista

⁷³ J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...*, op. cit., p. 210.

⁷⁴ Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, op. cit., p. 11.

exhaustiva de objetivos legítimos: necesario en una sociedad democrática, en el interés de... para la prevención de... para la protección de... para el mantenimiento de...”.⁷⁵ A continuación, se describirá el tercer requisito.

3. Satisfacer un estándar alto de necesidad o “necesario” en una sociedad democrática

En el test de proporcionalidad regular,⁷⁶ el tercer estándar es siempre entendido como “proporcionalidad en *stricto sensu* o en sentido estricto”, lo cual implica que “cada ‘formalidad’, ‘condición’, ‘restricción’, o penalidad impuesta en la esfera debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido”.⁷⁷ En este sentido, la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para servir a los objetivos apremiantes perseguidos; estrictamente proporcional al objetivo perseguido; y apropiado para servir al objetivo convincente perseguido. De lo contrario, la limitación no está de acuerdo con el tercer estándar.

La Convención Americana no menciona expresamente esta necesidad en una sociedad democrática. Sin embargo, “el artículo 13.2 usa el término ‘necesario’; el vínculo entre la necesidad de las limitaciones y la democracia es derivado, en la opinión de la Corte Interamericana, desde una interpretación armónica y comprensiva de la Convención Americana a la luz de su objetivo y propósito, y teniendo en cuenta los

⁷⁵ J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 209.

⁷⁶ “Estos elementos estandarizados son los principios de idoneidad, necesidad (la doctrina de la alternativa menos restrictiva) y proporcionalidad en *stricto sensu* (el balance razonable entre los medios obstructivos y la ganancia social)”, En Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ L. Lester, D. Pannick y J. Herberg, *Human Rights Law...*, *op. cit.*, p. 319.

artículos 29 y 32 así como el preámbulo”.⁷⁸ Lo anterior implica que la Corte IDH toma en cuenta el concepto de “sociedad democrática”,⁷⁹ pero no es la única variante que se usa en este punto.

Por ejemplo, la Corte Interamericana analiza si la medida tomada para la limitación del derecho fue la menos seria o restrictiva disponible para “salvaguardar intereses esenciales jurídicamente protegidos, de los ataques más serios que los pueden dañar o poner en peligro”.⁸⁰ Esto se puede explicar parcialmente por la lógica de que cuando se realiza un balance entre derechos individuales y el interés general, es necesario intentar una protección mayor del derecho. Por lo tanto, los Estados deberían intentar buscar la “medida menos gravosa para los derechos de las personas individuales pero igualmente capaz de alcanzar el mismo objetivo legítimo”.⁸¹ Por otro lado, el sistema interamericano ha determinado que cuando el balance entre dos derechos se ha realizado (p.ej., la libertad de expresión *versus* el derecho a la privacidad), es necesario tener en mente los siguientes tres estándares: “i) el grado en el cual el derecho en competencia es afectado (serio, intermedio, moderado); ii) la importancia de satisfacer el derecho en competencia; y iii) si la satisfacción del derecho en competencia justifica la restricción a la libertad de expresión”.⁸²

⁷⁸ CIDH, Informe Anual 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, ya citado, párr. 85.

⁷⁹ “La jurisprudencia del sistema interamericano ha sostenido que las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las demandas justas de una sociedad democrática”. CIDH, Informe Anual 1994. OEA/Ser.L/V/II.88, en esp. capítulo V.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, ya citado, párr. 119.

⁸¹ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 15.

⁸² CIDH, Informe Anual 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, ya citado, párr. 90.

Por otro lado, la Corte Europea indica, específicamente en su tercer estándar, que la limitación tiene que ser “necesaria en una sociedad democrática”. En el caso *Handyside*,⁸³ el TEDH estableció que la palabra “necesario” implica menos justificación estricta que otras palabras usadas en la Convención, tales como ‘razonable’ o ‘útil’.⁸⁴ Ha establecido además que, deben aplicarse dos criterios para cumplir con este estándar. Primero, “la razón aducida por un Estado para justificar e interferir debe ser tanto ‘relevante como suficiente’ y, más importante, la ‘necesidad’ implica la existencia de una ‘necesidad social urgente’”.⁸⁵ Este concepto ha sido entendido como sigue: los medios o medidas usados para la restricción o limitación del derecho deben ser proporcionales al fin perseguido.

Cuando la Corte Europea analiza si hay una ‘necesidad social urgente’ que respaldaría una cierta limitación, considera en la mayoría de casos que “corresponde a las autoridades nacionales realizar la evaluación inicial de esta necesidad social urgente y a los Estados tener en este sentido un margen de apreciación”.⁸⁶ Como se analizará mejor en el siguiente capítulo, es precisamente examinando este estándar (necesario en una sociedad democrática) y, más específico, estableciendo si se persiguió una ‘necesidad social urgente’, que la Corte Europea da un amplio margen de apreciación a los Estados miembros.

⁸³ Corte IDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, ya citado, párr. 48.

⁸⁴ En el mismo sentido: Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85, ya citada, párr. 46; Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 122.

⁸⁵ Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 12. Ver además: TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, párrs. 48-50.

⁸⁶ L. Loucaides, “Restrictions or Limitations on the Rights...”, *op. cit.*, p. 189.

Aunque la Corte Europea ha establecido estos estándares, éstos no son usados como un test tripartito estricto.⁸⁷ Como Arai lo presenta, lo que la Corte ha realizado es el desarrollo de ciertos principios que están intrínsecamente relacionados con el test de proporcionalidad. Un resumen de estos principios es el siguiente:⁸⁸ *i*) la alternativa menos restrictiva, lo cual significa que la limitación ha de ser la menos gravosa para los derechos de la persona. Es necesario enfatizar que esa Corte no ha usado este criterio de forma regular; *ii*) el método comparativo, el cual implica la comparación de los estándares en una materia específica entre los diferentes Estados miembro; y *iii*) el método evolutivo, el cual indica “la necesidad de construir los requisitos de la Convención de acuerdo a los desarrollos de la ley y las actitudes sociales entre los Estados miembros”.⁸⁹

Por otro lado, como ya se expuso, la Corte Interamericana tiende a aplicar el test de proporcionalidad en todo caso en el cual es necesario establecer si una limitación que tuvo lugar estuvo de acuerdo o no con la Convención Americana. Sin embargo, ha habido fuertes críticas respecto al uso del test de proporcionalidad por la Corte-IDH, especialmente se ha dicho que este tribunal no aplica el test en una base coherente o sistemática. Esto se analizará más a fondo en los siguientes capítulos.

⁸⁷ S. Greer, “El test de proporcionalidad bajo la Convención...”, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁸ Cfr. Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, pp. 15-16 y 129-133.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 15.

IV. MARGEN DE APRECIACIÓN

Como se indicó en la introducción, el margen de apreciación es un criterio exclusivo del Tribunal de Estrasburgo, dado que la Corte Interamericana no lo usa explícitamente en su jurisprudencia. Es importante indicar que “el término no se encuentra en el texto del Convenio [europeo] mismo, ni en los *travaux préparatoires*”.⁹⁰ El Consejo de Estado francés lo ha implementado anteriormente para poder revisar la legalidad de las acciones tomadas por el Poder Ejecutivo,⁹¹ pero la Corte Europea fue la primera en incorporar esta noción en el campo de los derechos humanos.

La antigua Comisión Europea sobre Derechos Humanos empleó el margen de apreciación por primera vez en 1958 en el reporte del caso *Grecia vs. Reino Unido* (“Chipre”), en el cual el gobierno británico, que en ese momento estuvo ocupando Chipre, y decidió

⁹⁰ S. Greer, *The European Convention on Human Rights...*, *op. cit.*, p. 222.

⁹¹ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1996, p. 14.

derogar⁹² algunas provisiones del Convenio basadas en la emergencia pública. En ese reporte, la Comisión consideró que “el gobierno debería ser capaz de ejercer una cierta medida de discreción al evaluar el alcance estrictamente requerido por las exigencias de la situación”.⁹³ En 1961, el TEDH usó esta doctrina por primera vez en un caso, que además se relaciona con la cláusula de derogación.⁹⁴ Por tanto, en un inicio la doctrina del margen de apreciación estuvo asociada con la cláusula de la derogación, pero con el paso del tiempo fue ampliada a más derechos del Convenio, así “el primer intento limitado de aplicar el margen de apreciación a las cláusulas de limitaciones de los artículos 8-11 apareció en el caso de vagancia, el cual involucró la interferencia del derecho a la correspondencia de vagabundos detenidos”.⁹⁵

Debido a la carencia de coherencia y aplicación sistemática de la doctrina del margen de apreciación por parte del Tribunal Europeo, es difícil alcanzar una definición comprensiva de ella. Los estudiosos han derramado mucha tinta para poder establecer una definición exacta de la doctrina o apenas intentando darse cuenta del ámbito específico del margen. Aparentemente, el término “margen de apreciación” es usado como sinónimo de diferentes conceptos o ideas, lo cual ha causado una grave tergi-

⁹² El artículo 15 del CEDH establece que: “En tiempo de guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante puede tomar medidas derogatorias de sus obligaciones adquiridas bajo este Convenio en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación, siempre que las medidas no sean inconsistentes con sus otras obligaciones adquiridas bajo el Derecho internacional”.

⁹³ Cfr. CE, *Caso Grecia vs. Reino Unido (“Chipre”)*, Reporte de la Convención Europea, núm. 174-199, 1958-59, de 26 de septiembre de 1958.

⁹⁴ TEDH, *Caso Lawless vs. Irlanda*. Sentencia de 14 de noviembre de 1960, párr. 82.

⁹⁵ Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 7. Otras sentencias que extienden el uso de la doctrina son: CE, *Caso Arrowsmith vs. Reino Unido*, núm. 7050/1977. Informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978, D.R. 19, ap. 71; y TEDH, *Caso Klass y otros vs. Alemania*. Sentencia de 6 de septiembre de 1978, núm. 15473/1989.

versación que complica el entendimiento completo de la doctrina. A continuación, un resumen de los principales enfoques al tema, aunque es necesario ser conscientes de la falta de consenso dentro de la doctrina sobre la definición precisa.

Una primera aproximación hacia el intento por definir el margen de apreciación es el siguiente:

El margen nacional de apreciación o discreción puede ser definido, en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como *la libertad de actuar, maniobrar o respirar; o la amplitud de defensa o error que los órganos de Estrasburgo permiten a los cuerpos nacionales legislativo, ejecutivo y judicial antes de declarar una derogación a partir del Convenio, debido a la violación de una de las garantías sustantivas del mismo. Lo ha definido también como el punto a partir del cual la supervisión internacional debe dar lugar a la discreción del Estado Parte para la adopción o aplicación de su legislación.*⁹⁶ (Énfasis añadido).

La mayoría de la doctrina describe el margen de apreciación, en primer lugar, como una facultad de los Estados contratantes para decidir la forma en la cual implementarán los derechos consagrados en el CEDH. El margen de apreciación –como lo describe Arai–, “se refiere a la libertad de un gobierno para evaluar las situaciones fácticas y para aplicar las disposiciones en los tratados internacionales de derechos humanos”.⁹⁷ Aún así, ésta es aún una aproximación estrecha al margen, dado que el Tribunal de Estrasburgo la ha aplicado a un ámbito más amplio.

⁹⁶ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 13

⁹⁷ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 2

Letsas,⁹⁸ por ejemplo, expresa que la doctrina consagra dos conceptos diferentes. Primero, el concepto sustantivo está relacionado con la conexión entre derechos o libertades individuales y objetivos colectivos que una sociedad particular quiere alcanzar. El concepto estructural, por otra parte, corresponde a "dirigir los límites o intensidad de la revisión del Tribunal Europeo (...) en vista de su estatus como tribunal internacional".⁹⁹ De acuerdo con este enfoque, el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo use la doctrina del margen indistintamente en ambas formas es la principal causa de una confusión general, ya que ésta no distingue entre los casos donde se encuentra que los presuntos derechos no fueron violados, y los casos en los simplemente decide no revisar la parte sustantiva con base en la naturaleza subsidiaria del sistema de derechos humanos.

Por otra parte, Christoffersen describe que hay "dos significados del término [margen de apreciación], a saber, la discreción de las partes contratantes y la subsidiariedad de la revisión de la Corte".¹⁰⁰ Mientras que Shany¹⁰¹ considera que la doctrina depende de dos elementos principales: i) deferencia judicial, lo cual implica que las cortes internacionales deben autolimitarse para garantizar a las autoridades nacionales la discreción para implementar las obligaciones consagradas en los tratados de derechos humanos; y ii) flexibilidad normativa, que se relaciona con el concepto que

⁹⁸ Cfr. George Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, diciembre 2006, pp. 705-732.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 706.

¹⁰⁰ Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 236.

¹⁰¹ Cfr. Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 5, 2006, pp. 907-940.

depende del tipo de norma internacional, el margen es más amplio o más estrecho. Adicionalmente, “Schokkenbroek (...) vincula el margen de apreciación a la política de autolimitación judicial, que tiene que ver con algo más que la protección sustantiva y su nivel, es decir, la doctrina refleja principalmente la visión de la Corte de su propio papel respecto a los Estados miembros”.¹⁰²

Después de consultar y evaluar las teorías más importantes relacionadas con la doctrina del margen de apreciación, es posible concluir que la confusión respecto a la doctrina nació precisamente en el intento continuo de crear una definición que incluyera a todos los elementos o casos en los que se usa el margen. Como el juez Martins lo indicó en la opinión disidente del caso *Brunnigan y MacBride vs. el Reino Unido*: “el concepto consiste en muchos diferentes tipos de revisiones y clasificarlos en ciertas categorías, la variedad de razones detrás de diferentes tipos de escrutinio desaparece o al menos se vuelve más difícil de medir. Esto hace difícil analizar qué factores influyen el nivel de escrutinio conectado al margen de apreciación”.¹⁰³ En mi opinión, es más simple entender la doctrina cuando se establece en una fase preliminar que el margen de apreciación puede ser definido como el espacio de maniobra que una corte da a los Estados para implementar y garantizar las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos. Esto significaría que el espacio de maniobra o deferencia es activado por muchos diferentes tipos de argumentos o situaciones y, en la mayoría de los casos, entraña que la Corte decida no declarar la violación del derecho reclamado. Enseguida, se exponen las principales razones o argumentos que

¹⁰² J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...* op. cit., p. 252.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 252.

la Corte Europea usó para activar el margen de apreciación. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que estos argumentos no son excluyentes, lo cual significa que en muchos casos el TEDH los vincula o los usa juntos.

1. Consenso

El primer argumento se relaciona con el hecho de que los Estados contratantes del Convenio Europeo no comparten los mismos valores o ideología, por lo que no es posible alcanzar un consenso respecto de si una persona tiene un derecho específico o el estándar mínimo que los Estados deben de seguir para proteger un derecho. En esta dirección, “el Convenio y sus instituciones no especifican, y no podrían hacerlo a detalle, cómo debería lograrse el balance entre el individuo y la sociedad en todos los 40 [países] miembros del Consejo de Europa, aún menos intentar armonizar sus leyes en este respecto”.¹⁰⁴

Por lo tanto, en los casos en los que la práctica o teoría de los Estados europeos no alcanza un consenso o al menos una amplia mayoría, el TEDH no es capaz de establecer un denominador mínimo o estándar para todos ellos. De acuerdo con este argumento, la diversidad de los Estados miembro es tan amplio que lo que puede constituir, por ejemplo, un problema de seguridad nacional en un país, puede ser considerado una extralimitación en otro, o lo que es considerado fuera de la moralidad en un momento de la historia, puede considerarse después dentro de. En general, lo que

¹⁰⁴ Lord Mackay of Clashfern, “The Margin of Appreciation and the Need to Balance”, en Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European perspective, Studies in Memory de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 2000, p. 838.

puede verse en la jurisprudencia de la Corte Europea es que, en casos delicados, ésta usa la metodología comparativa¹⁰⁵ para medir el estado de la cuestión. En los casos en los cuales el análisis muestra que no hay acuerdo o consenso en los Estados contratantes, la Corte tiende a asegurar un margen amplio de apreciación.¹⁰⁶

La principal crítica a este enfoque es que empodera la idea del relativismo hasta el punto de que puede comprometer la naturaleza universal de los derechos humanos. Si los derechos humanos son universales, la pregunta más relevante es ¿por qué sería necesario para una Corte internacional o regional de derechos humanos tomar en cuenta la práctica de los Estados contratantes para solucionar un caso? Una respuesta razonable a esto es que, aunque uno de los deberes de una Corte de derechos humanos es establecer los estándares mínimos que los Estados miembros tienen que seguir, la naturaleza de todos los tribunales internacionales es subsidiaria. Éste es, precisamente, el siguiente argumento que se discutirá.

2. Subsidiariedad

En esta misma dirección, el CEDH es consciente de que “la maquinaria de protección establecida por el Convenio es subsidiaria a los sistemas nacionales que salvaguardan los derechos humanos”.¹⁰⁷ El principio de subsidiariedad indica “que el papel de la

¹⁰⁵ Como se mencionó en el capítulo relacionado con el test de proporcionalidad, el método comparativo es usado “cuando la proporcionalidad de una cierta medida restrictiva tomada por un miembro del Estado, los órganos de Estrasburgo pueden mirar a la práctica de otros Estados miembros como un ‘factor’ relevante”. En Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁶ Esto se analizará más en el capítulo concerniente a la moralidad.

¹⁰⁷ TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, párr. 48.

Corte es subsidiaria a la de los Estados miembros y está limitada a la conformidad de la convención más que a actuar como una Corte final de apelación o cuarta instancia".¹⁰⁸ Esto también implica que el Tribunal no puede decidir todos los casos o problemas legales que están archivados en los Estados parte, con el fin de evitar la duplicación de procedimiento y, por tanto, convertirse en un Tribunal de cuarta instancia. Sin embargo, es importante tomar en consideración que el principio de subsidiariedad no aplica únicamente dentro del margen de aplicación, por el contrario, el margen debería ser considerado como uno de los aspectos específicos de este principio.¹⁰⁹

Los artículos 1o. y 13 del Convenio Europeo señalan que los Estados tienen la obligación primaria de respetar y asegurar los derechos humanos. Con base en estas obligaciones, las autoridades nacionales son las primeras que tienen que reaccionar si una violación es cometida y, por tanto, los tribunales internacionales únicamente operan si las autoridades nacionales han fallado en su cumplimiento (*ultima ratio*). Atendiendo a esta lógica, el artículo 35 del CEDH establece que los solicitantes tienen que agotar los procedimientos nacionales de ejecución para poder presentar una solicitud ante la Corte Europea.¹¹⁰ En este sentido, el margen de apreciación es un mecanismo que ayuda a balancear la relación entre la Corte Europea y las autoridades nacionales, dado que intenta establecer las áreas en las cuales la primera se abstendrá

¹⁰⁸ S. Greer, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 216.

¹⁰⁹ Cfr. J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity...*, op. cit.

¹¹⁰ Es importante reconocer que el sistema interamericano incorpora las mismas provisiones que afirman la subsidiariedad del sistema interamericano en los siguientes artículos: 1o., 2o., y 46 de la Convención Americana. El artículo 46 establece que: "La admisión por parte de la Comisión de una petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 o 45 será sujeta a los siguientes requisitos: a) Que los remedios bajo el derecho local hayan sido perseguidos y agotados de acuerdo con los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos".

de intervenir (autocontrol judicial), especialmente intenta delimitar “una relación procedimental entre las autoridades nacionales responsables de implementar la Convención y de decidir cuestiones de derechos humanos, por un lado, y las instituciones de la Convención, por el otro”.¹¹¹

El autocontrol judicial que la Corte Europea usa para mantener y proteger el principio de subsidiariedad inherente a una corte internacional siempre puede relacionarse con otro tipo de argumentos que se dan para solicitar el margen. Como un ejemplo, cuando la Corte averigua que no hay un consenso entre los Estados contratantes respecto a cierta cuestión inmediatamente decide, con base en la naturaleza subsidiaria del sistema de derechos humanos regional, que no es posible imponer las medidas específicas que las autoridades nacionales tienen que tomar. En palabras del Tribunal de Estrasburgo:

*Al intentar averiguar en un caso dado, si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede desconocer aquellas características jurídicas y fácticas que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como una parte contratante, tiene que responder por la medida en disputa. Al hacerlo así, no puede asumir el papel de una autoridad nacional competente, porque perdería de vista de ese modo la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de reforzamiento colectivo establecido por el Convenio. Las autoridades nacionales permanecen libres para elegir las medidas que consideren apropiadas en esas cuestiones que son gobernadas por el Convenio. La revisión de la Corte se refiere únicamente a la conformidad de las medidas con los requisitos del Convenio.*¹¹² (Énfasis añadido).

¹¹¹ G. Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, art. cit., p. 722.

¹¹² TEDH, *Caso Belgium linguistics vs. Bélgica*. Sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10.

La deferencia concedida a las autoridades del estado por el TEDH puede ser además el resultado de una conjunción entre la protección del principio de subsidiariedad y que el Tribunal considere, algunas veces, que las autoridades nacionales están en una mejor posición para tomar decisiones relacionadas con derechos humanos dentro de los Estados. Este argumento será presentado en las siguientes líneas.

3. Mejor posición

El tercer argumento se relaciona con el hecho de que las autoridades nacionales están en mejor posición para medir y entonces, decidir la mejor forma para resolver una cuestión de derechos humanos. A este respecto, el TEDH ha indicado que “por razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades nacionales están en principio mejor colocadas que una corte internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales”.¹¹³ Esto implica que para un tribunal internacional es imposible, o al menos muy difícil, medir los estándares o actitudes en un cierto país, debido a que el mismo no está inmerso en la problemática nacional y no puede identificar la diferencia cultural en un país.

El argumento de “la mejor posición” se usa en diferentes contextos. Uno de los casos más recurrentes es cuando la Corte Europea aplica el principio de proporcionalidad. La cláusula de limitación o alojamiento consagrada en los artículos 9-11 del CEDH da lugar al margen de apreciación. Como se mencionó antes, la Corte tiende

¹¹³ Véase TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, ya citado, párr. 59 y TEDH, *Caso Buckley vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de septiembre de 1996, párr. 75.

a garantizar un amplio margen a las autoridades estatales en casos donde es requerido evaluar el requisito de lo “necesario en una sociedad democrática”, especialmente si la limitación al derecho se basó en una “necesidad social urgente”. Como la mayoría de los comentaristas han expuesto: por “la evaluación, por ejemplo, de si una necesidad social urgente existe y qué medidas deberían ser adoptadas para tratar con eso, las autoridades nacionales se quedan un cierto margen de apreciación”.¹¹⁴ Consecuentemente, el Tribunal de Estrasburgo considera que las autoridades nacionales están en una mejor posición para lograr un balance entre derechos individuales y objetivos o intereses públicos, dado que ellas tienen acceso a información o medida relevante del contexto de un cierto país. Es importante advertir que esta razón es comúnmente usada en los casos de libertad de expresión, lo que se presenta mejor en el capítulo concerniente a los casos de difamación.¹¹⁵

La importancia de esta metodología fue presentada en el capítulo sobre el test de proporcionalidad. El test de proporcionalidad constituye un criterio demandante para la limitación de los derechos. Por lo tanto, surge la pregunta si el test de proporcionalidad es compatible con el test del margen de apreciación. Arai considera que el margen de apreciación puede verse como el otro lado del test de proporcionalidad, así “entre más intenso se vuelve el test de proporcionalidad, más estrecho el margen de apreciación permitido a las autoridades nacionales”.¹¹⁶ Sin embargo, MacDonald

¹¹⁴ J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...*, op. cit., p. 247.

¹¹⁵ “Típicamente, la Corte se ha referido a un sistema democrático y a actores necesarios en tal sistema en el campo de la libertad de expresión. El lado opuesto de la democracia es el margen de apreciación dejado a las autoridades nacionales”. *Ibidem*, p. 225.

¹¹⁶ Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, op. cit., p. 14.

considera que esta posición no es completamente correcta, porque cuando la Corte Europea decide garantizar el margen de apreciación en el requisito de “necesario para una sociedad democrática”, no es al expresar que la limitación fue legítima o conforme a la Convención, sino por el contrario, es simplemente en la elección de conceder una deferencia a las autoridades nacionales. En este sentido, “si el Tribunal da como razón para no interferir simplemente que la decisión está dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, en realidad no está ofreciendo razones en absoluto, sino que simplemente expresa su conclusión de no intervenir...”¹¹⁷ En la práctica, la forma en la que el margen de apreciación puede localizarse o definirse antes del principio de proporcionalidad no afecta directamente el resultado del juicio. La conclusión, independientemente de las razones dadas para aplicar el margen en un cierto caso, es que la Corte Europea averigua que el Estado contratante no violó el CEDH.

Otro contexto en el cual se usa ampliamente el criterio de “la mejor posición” es cuando la Corte Europea considera que los jueces nacionales tienen mejores oportunidades y mecanismos para obtener la evidencia. Este argumento está vinculado además con el principio de subsidiaridad. Básicamente se considera que la revisión subsidiaria se aplica principalmente “cuando la Corte dice que el hallazgo de hechos es materia primariamente de las autoridades locales”.¹¹⁸ La lógica detrás de este argumento es que debido al hecho de que las cortes internacionales no están localizadas en los Estados, donde ocurrieron los hechos de la petición, es difícil producir evidencia,

¹¹⁷ Ronald MacDonald, “The Margin of Appreciation”, en Ronald St. J. MacDonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, p. 85.

¹¹⁸ J. Christoffersen, “Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity...” art. cit., p. 281.

y la Corte generalmente depende de la prueba que presentan las partes. Adicionalmente, se argumenta que hay una desventaja institucional entre las cortes internacionales y la corte local para ser capaces de producir evidencia o documentos, debido a que “la brecha de recurso entre cortes y burocracia nacional es normalmente mayor en este nivel, porque las cortes internacionales están infradotadas o carentes de personal en comparación a muchas cortes nacionales”.¹¹⁹

4. Sistema interamericano y margen de apreciación

Desde otro punto de vista y como se mencionó antes, la Corte Interamericana no acepta expresamente el margen de apreciación; aunque, ésta ha mencionado indirectamente la doctrina en algunos casos. Por ejemplo, en la Opinión consultiva referente a las enmiendas propuestas para la provisión de naturalización de la constitución de Costa Rica, la Corte consideró:

En tanto es el Estado el que ofrece a las personas extranjeras la posibilidad de adquirir su nacionalidad *resulta natural que las condiciones y procedimientos para su adquisición estén reguladas de manera primaria por la legislación de ese Estado*. En la medida en que esas reglas no choquen con normas superiores, *es el Estado que confiere la nacionalidad el que está mejor posicionado para determinar qué condiciones imponer* para asegurar que haya un vínculo efectivo entre quienes aplican para la naturalización y los sistemas de valores e intereses de la sociedad de la cual quiere ser miembro pleno. Igualmente, *el Estado es el mejor posicionado para decidir si las condiciones se han cumplido*.¹²⁰ (Énfasis añadido).

¹¹⁹ Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation...”, art. cit., p. 919.

¹²⁰ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 36.

No obstante, nunca se ha referido a esta facultad como "margen de apreciación" o ha decidido abiertamente no analizar cierta acción del estado por considerar que sigue en el ámbito del margen. La razón por la que la Corte IDH ha rechazado usar este estándar, especialmente si se toma en cuenta que este Tribunal tiende a seguir la jurisprudencia del TEDH, no es clara. Una de las razones podría ser que los países de América Latina, que son la mayoría de los Estados que han ratificado la Convención Americana, aún están en una transición, tras décadas de dictadura en la región, hacia la democracia. Por tanto, en este punto, la democracia y la estabilidad política en la región no son suficientemente fuertes para dar este tipo de facultad amplia a los Estados contratantes. Esto puede ser considerado un miedo razonable, si se toma en cuenta situaciones específicas. Por ejemplo, la protección de la libertad de expresión en países, tales como Venezuela, muestra que "las declaraciones desacreditadoras de altos oficiales y la institución sistemática de acciones administrativas basadas en disposiciones jurídicas, cuya aplicación es altamente discrecional y que permiten penas drásticas, junto con otros hechos, crean un clima restrictivo que desalienta el ejercicio de la libertad de expresión: una de las precondiciones esenciales para una democracia vigorosa construida sobre el pluralismo y el discurso público".¹²¹

Otra razón para negar el uso de esta doctrina podría estar basada en el hecho de que el sistema interamericano se ve a sí mismo como instituciones internacionales que tienen la competencia para establecer los estándares mínimos que los Estados miembros tienen que satisfacer para cumplir con la Convención Americana. Es muy

¹²¹ CIDH, Informe anual 2008. Capítulo IV, Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1, de 25 de febrero de 2009, párr. 388.

bien sabido, que la Corte Interamericana, con base en el artículo 2o. (Efectos jurídicos locales)¹²² de la CADH, ha ordenado a los Estados contratantes tomar las medidas necesarias para eliminar las leyes o prácticas que son la causa identificada para una cierta violación de la Convención Americana,¹²³ pero ha ido más allá y dictado, además, las medidas específicas que tienen que ser tomadas para garantizar el ejercicio completo de los derechos consagrados en la CADH. Incluso, la Corte IDH ha analizado en varias sentencias si una ley específica es contraria a los principios y obligaciones que son parte de la Convención Americana.¹²⁴ En algunas ocasiones, la Corte Interamericana ha sido criticada; desde esta posición se puede ver como si la Corte IDH actuara como un Tribunal de cuarta instancia. Sin embargo, este enfoque de la Corte Interamericana a favor de proteger los derechos consagrados en la Convención le permite establecer estándares mínimos para todo Estado miembro, lo cual implica certeza jurídica. Además, el sistema interamericano acepta ampliamente la naturaleza subsidiaria del sistema regional.¹²⁵

¹²² El artículo 2 de la Convención Americana establece que: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

¹²³ Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párr. 137; y Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia de 27 febrero de, 2002. Serie C, núm. 92, párr. 96.

¹²⁴ Por ejemplo, en el *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, la Corte concluyó que la ley de amnistía estaba en contra de los propósitos y derechos de la CADH y, por lo tanto, ordenó al Estado no cumplir con lo que estaba establecido en la ley. Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, núm. 154. La Corte ordenó además lo mismo en Corte IDH, *Caso de Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

¹²⁵ "La incorporación de los estándares juega un papel fundamental al reforzar el principio de subsidiariedad que caracteriza al sistema regional para la protección de los derechos humanos", en CIDH, Informe Anual 2009, ya citado, párr. 130.

Por otra parte, es importante analizar si el hecho de que el sistema interamericano no se refiere expresamente a la doctrina del margen de apreciación, implica que nunca lo usa. Como Shany lo indica: “mientras que las cortes de derechos humanos y los cuerpos cuasi-jurídicos aparte del TEDH usualmente se han abstenido de adoptar un vocabulario explícito de margen de apreciación, algunas decisiones excepcionales citaron la doctrina para su aprobación. Además, muchas otras decisiones revelan elecciones metodológicas que son consistentes con la doctrina (...) sin invocarla explícitamente”.¹²⁶ Así, surgen las preguntas: ¿La Corte Interamericana usa, al menos en una forma indirecta, el margen de apreciación? ¿La Corte Interamericana ha concedido algún tipo de deferencia a las autoridades nacionales para respetar el principio de subsidiariedad? ¿La Corte Interamericana considera que las autoridades locales están mejor posicionadas para evaluar o decidir ciertas cuestiones de derechos humanos? Las preguntas antedichas serán completamente respondidas en el capítulo sobre la comparación de los casos de libertad de expresión. Sin embargo, es relevante estar consciente de “la idea de que un Estado puede ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente en la Convención Americana y debe ser tratada, si no cautelosamente, al menos con mucha precaución”.¹²⁷

¹²⁶ Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation... art. cit., p. 929.

¹²⁷ Héctor Faúndez Ledesma, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights, Institutional and Procedural Aspects*, 3a. ed., Inter-American Institute of Human Rights (IHR), San José, Costa Rica, 2008, p. 58.

V. COMPARACIÓN DE LOS CASOS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Hasta ahora, el enfoque hacia la doctrina del margen de apreciación ha sido realmente general, por tanto es necesario reducir el ámbito del margen en esta materia, dado que los casos de libertad de expresión serán analizados en este capítulo. Como regla general, se dice que “el margen de apreciación permitido a los Estados contratantes en la restricción de la libertad de expresión variará dependiendo del propósito y naturaleza de la limitación y de la expresión en cuestión”¹²⁸ Sin embargo, en esta cuestión, Anthony Lester describe cinco factores específicos que afectarían el margen de apreciación en casos de libertad de expresión:¹²⁹

1. La **amplitud de la limitación** tiene un efecto en la examinación cuando la restricción es más amplia el escrutinio de la restricción es también más estricto.

¹²⁸ C. Obey y R. White, *Jacobs and White: The European Convention...*, *op. cit.*, p. 319.

¹²⁹ Anthony Lester, “Freedom of Expression”, en Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, p. 490.

2. Otros Estados miembros y su práctica influyen la examinación, cuando las medidas y sanciones bajo revisión son raras en otros países, su justificación deberá ser examinada cuidadosamente.
3. Qué medios se utilizan para transmitir el mensaje, tiene especial significado en el contexto del artículo 10.
4. ¿Qué tipo de información, idea u opinión ha sido expresada? Primero que todo, la protección debería ser otorgada al mensaje político, filosófico o religioso, y el mensaje comercial debería en cambio tener menos protección.
5. Una opinión nacional informada, que sugiere que la interferencia con la libertad podría ser renunciada sin reacciones negativas, también permite a la Corte realizar un escrutinio más estricto. (Énfasis añadido).

Estos cinco factores serán tomados en cuenta para el análisis de los casos. En las siguientes líneas se examina el impacto de la doctrina en los casos referentes a la libertad de expresión y, más específicamente, a los casos en los cuales las Cortes tienen que confrontar la definición de la moral. Para presentar una estructura organizada del análisis, se describen primero los hechos de los casos, después las motivaciones o argumentos de la Corte para alcanzar una cierta decisión y, por último, la conclusión acerca de la metodología y doctrinas que las Cortes usaron y el efecto que ésta causa en el resultado de los casos.

1. Casos de moralidad

En este punto es necesario señalar que la Corte IDH solamente ha enfrentado un caso relacionado con la definición de moralidad, que es el caso Olmedo Bustos (*La última tentación de Cristo*). Mientras que el TEDH había tenido la oportunidad de desarrollar

más sentencias con respecto a esta cuestión, pero para hacer una mejor comparación únicamente se presentarán cinco casos.

1.1. Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile (La última tentación de Cristo)

Para comprender completamente la sentencia de la Corte, es necesario explicar los hechos del caso.¹³⁰ El artículo 19.12 de la Constitución de Chile de 1980 estableció un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas”. A la luz de este artículo, el Decreto de Ley 679 del 1o. de octubre de 1974 autorizó el Consejo de Calificación Cinematográfica (en adelante, “CCC”) para supervisar la exhibición cinematográfica en Chile y calificar películas.¹³¹ Con base en estas nuevas reformas, el 29 de noviembre de 1988 el CCC negó a permitir la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*,¹³² siguiendo una solicitud presentada por la United International Pictures Ltd. La compañía apeló la decisión de la Corte, sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó. En 1996, el CCC revisó la prohibición para exhibir la película y por una mayoría de votos autorizó su exhibición para una audiencia de 18 años de edad o más. Sin embargo, esta decisión fue apelada por un grupo de personas “en nombre de Jesucristo, la Iglesia católica y ellos mismos”; la

¹³⁰ Lo siguiente es un resumen de los hechos provados que se establecieron en la sentencia. Corte IDH, *Caso de Olmedo-Bustos y otros vs. Chile* (“*La última tentación de Cristo*”), ya citado, párr. 50 (incisos a al j).

¹³¹ Es importante mencionar que este Consejo fue parte del Ministerio de Educación en Chile.

¹³² “*La última tentación de Cristo* es una película de 1988 dirigida por Martin Scorsese. Es una adaptación filmica de la controversial novela de 1960 del mismo nombre de Nikos Kazantzakis. Como la novela, la película narra la vida de Jesus Cristo y su tesis central es que Jesús, aunque libre de pecado, estuvo sujeto a cada una de las tentaciones que los humanos enfrentan, incluidos el miedo, la duda, la depresión, la renuencia y la lujuria. En el libro y en la película Cristo es representado siendo tentado e imaginándose teniendo actividades sexuales, una noción que ha causado indignación a algunos cristianos”. Disponible en [http://en.wikipedia.org/wiki/The_Last_Temptation_of_Christ_\(film\)](http://en.wikipedia.org/wiki/The_Last_Temptation_of_Christ_(film)). (Última consulta 24 de enero de 2010).

Corte de Apelaciones de Santiago admitió el recurso y anuló la decisión administrativa. La Suprema Corte de Justicia de Chile confirmó esta decisión el 17 de junio de 1997. Por lo tanto, la película no fue presentada en el país debido a la falta de autorización y para proteger la moral “católica”. Después de esta decisión, la Cámara de Diputados modificó el artículo 19 de la Constitución chilena en 1999, para eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación. Sin embargo, los pasos para implementar la reforma constitucional no se habían tomado para cuando se entregó la sentencia de la Corte Interamericana (2001).

Como se mencionó antes, la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias¹³³ ha establecido que un Estado puede ser considerado responsable por una violación de la Convención debido a los actos u omisiones de un agente del Estado. En este caso particular, la Corte consideró que la violación al derecho a la libertad de expresión fue un efecto directo de la implementación del artículo 19.2 de la Constitución chilena y las leyes que regularon este artículo, porque creó un sistema que permitió la censura previa a la exhibición de películas por parte de las autoridades chilenas. En particular, la Corte declaró que la responsabilidad internacional del Estado “estuvo comprometida porque el artículo 19.2 de la Constitución establece censura previa de películas cinematográficas y, por lo tanto, determina los actos del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial”.¹³⁴

¹³³ “De acuerdo al artículo 1o. (1), cualquier ejercicio de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención es ilegal. Cuando sea que un órgano de Estado, entidad oficial o pública viole uno de esos derechos, esto constituye un incumplimiento del deber de respetar los derechos y libertades establecidos en la Convención”, en Corte IDH, *Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 169.

¹³⁴ Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado, párr. 72.

La Corte declaró que el efecto que produjo este artículo de la Constitución fue la afectación del ámbito del derecho a la libertad de expresión y consideró que esta no era una restricción que estuviera en concordancia con la Convención Americana, dado que el artículo 13.4 de la CADH únicamente permite censura previa cuando el propósito es proteger a los niños y adolescentes.¹³⁵ En tanto que esa no era la finalidad de la censura previa debido a que, la exhibición de la película no fue permitida con el objeto de proteger la "moral católica"; la Corte consideró que esta decisión contradijo la libertad de expresión. Debido a lo antedicho, la Corte declaró que el Estado chileno tuvo que cambiar la regulación que estuvo creando esta violación. Dado que al momento de emitir la sentencia la Constitución ya había cambiado, la Corte ordenó que "el Estado debe enmendar su ley local, dentro de un período razonable, con el fin de eliminar la censura previa para permitir la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*".¹³⁶ Es importante advertir que la Corte IDH no aplicó explícitamente el test de proporcionalidad con el fin de alcanzar la conclusión, aunque hizo una referencia a la necesidad de evaluar la proporcionalidad del fin perseguido.

1.2. Casos de moralidad de la Corte Europea

Los casos de la Corte Europea que se analizarán son los siguientes: *Handyside vs. el Reino Unido*, *Müller vs. Suiza*, *Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, y *Windgrove vs. Reino*

¹³⁵ "Es importante mencionar que el artículo 13 (4) de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que lo permite en el caso de entretenimiento público, pero sólo con el fin de regular el acceso para la protección de la moral de los niños y adolescentes. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el impedimento de la libertad de pensamiento y expresión" en Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado, párr. 70.

¹³⁶ Corte IDH, *Caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, ya citado, párr. 4.

Unido. Estos casos han sido elegidos para la comparación dado que los primeros tres son considerados como los hitos de la doctrina en esta cuestión y el último, un caso más reciente, confirma el precedente que fue desarrollado por los casos previos.

El caso *Handyside*¹³⁷ es la primera sentencia en la cual el Tribunal de Estrasburgo estableció que era necesario alcanzar un consenso entre Estados contratantes respecto al concepto de moral, con el fin de decidir el resultado final de la sentencia. En este caso, el solicitante fue el editor de *El libro rojo del Cole* [*The Little Red Schoolbook*], un libro destinado a proveer información acerca de educaciones sexuales a adolescentes.¹³⁸ Las autoridades del Reino Unido decidieron prohibir la publicación del libro y confiscar los que ya habían sido publicados, con base en el argumento de que la información provista en el libro era obscena.¹³⁹ Las autoridades británicas sentenciaron además al editor a pagar una multa. Con base en estos hechos, el solicitante consideró que el artículo 10 del CEDH había sido violado.

En el análisis del caso, el Tribunal Europeo consideró que la limitación del derecho, en esta situación particular, la prohibición de publicar el libro fue de acuerdo a

¹³⁷ Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que fueron establecidos en la sentencia. TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, párrs. 9-34.

¹³⁸ El capítulo sobre "pupilos" contenía una sección de 26 páginas concernientes al "sexo", que incluía las siguientes subsecciones: masturbación, orgasmo, relaciones sexuales y caricias, anticonceptivos, sueños húmedos, menstruación, abusadores de niños o "viejos sucios", pornografía, impotencia, homosexualidad, normal y anormal, saber más, enfermedades venéreas, aborto, aborto legal e ilegal, recuerda, métodos de aborto, direcciones para ayuda y consejo sobre cuestiones sexuales.

¹³⁹ Todas las cortes británicas que analizaron el caso consideraron que: "A la luz del libro completo, éste o el artículo sobre sexo o la sección o capítulo acerca de los pupilos, no busca corromper a una proporción significativa de los niños que probablemente lo lean". TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, párr. 52.

los dos primeros requisitos del test de proporcionalidad: fue prescrito por la ley y persiguió un fin legítimo, específicamente la protección de las morales públicas. Además, cuando el Tribunal de Estrasburgo analizó si la limitación fue necesaria en una sociedad democrática –el tercer requisito– la Corte decidió otorgar un amplio margen de apreciación al Estado británico, con base en que no fue posible alcanzar un consenso acerca del significado de la moral entre los Estados miembros. En palabras del Tribunal:

En particular, no es posible encontrar en el derecho local de los varios Estados contratantes una concepción uniforme de morales. La vista tomada por sus respectivas leyes de los requisitos de las morales varía de tiempo a tiempo y de lugar a lugar, especialmente en nuestra era, que es caracterizada por una evolución de opiniones rápida y de largo alcance sobre la cuestión. Por razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades del Estado están en principio en una mejor posición que el Juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de esos requisitos así como sobre la "necesidad" de una "restricción" o "penalidad" destinada a cumplirlos".¹⁴⁰ (Énfasis añadido).

Como puede verse, el TEDH usó el argumento de "la mejor posición" para conceder un amplio margen de apreciación al Estado. Este margen implicó que, dado que no es posible para este Tribunal establecer un consenso respecto a la definición de la moral, las autoridades nacionales están en mejores condiciones para conducir este análisis. Por lo tanto, el Tribunal Europeo decidió autocontrolarse, en el sentido de que optó por otorgar una deferencia a las cortes nacionales que habían probado que el

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 48.

libro era obsceno dentro de la sociedad británica y, por tanto, el TEDH indicó que en una sociedad democrática era necesaria la limitación del derecho.

Con respecto al caso *Müller vs. Suiza*, los hechos son los siguientes:¹⁴¹ Josef Felix Müller, un pintor profesional, había presentado una exhibición de arte contemporáneo incluyendo tres pinturas sexualmente explícitas sobre felación, sodomía y sexo con animales. La exhibición, que había sido ampliamente publicitada, estuvo abierta a todos y de forma gratuita. Se imprimió un catálogo para la vista previa que contenía reproducciones fotográficas de la obra. El día de la apertura oficial, el Fiscal principal del Cantón de Friburgo inició diversos procedimientos en los que demandaba que los cuadros fueran destruidos debido a que eran obscenos. El Fiscal reportó que las pinturas en cuestión parecían entrar en las provisiones del artículo 204 del Código Criminal, las cuales prohibieron las publicaciones obscenas y requirió que fueran destruidas. En este sentido, la Corte Nacional sentenció al autor a pagar una multa de 300 francos suizos (CHF) por publicar material obsceno. Se ordenó, además, que las pinturas fueran confiscadas, aunque no destruidas. Finalmente, y después de aparecer en diferentes Cortes, el Tribunal nacional superior ordenó la devolución de las pinturas, pero dejó claro que él no era capaz de volver a publicar las pinturas sin exponerse nuevamente a ser condenado, dado que todas las autoridades nacionales acordaron que las pinturas eran obscenas.¹⁴²

¹⁴¹ Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que fueron establecidos en la sentencia. TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, ya citado, párrs. 8 al 18.

¹⁴² Es importante remarcar que la Corte nacional a cargo del caso expresó que: "en el caso actual, aunque los tres trabajos del señor Müller no son sexualmente excitantes para una persona de sensibilidad ordinaria, son por lo menos indudablemente repugnantes. La impresión general es de personas dando rienda suelta al libertinaje e

El Tribunal Europeo encontró en favor de Suiza que la restricción a la libertad de expresión del artista estaba justificada bajo el artículo 10 con el fin de proteger la moral pública. La forma en que la Corte alcanzó esta conclusión se basó principalmente en el uso de la doctrina del margen de apreciación. El TEDH comenzó por aceptar la importancia de la protección de la libertad de expresión para la fundación de una sociedad democrática. Además, el mismo declaró que la expresión artística sigue dentro de la protección del artículo 10. Por ende, la Corte decidió aplicar el test de proporcionalidad con el fin de determinar si se cometió la violación. Con respecto al requisito de “prescrito por la ley”, el TEDH usó el test de previsibilidad y consideró que: “la necesidad de evitar la rigidez excesiva y mantenerse al día con las circunstancias cambiantes significa que muchas leyes están inevitablemente expresadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos. Las provisiones sobre obscenidad en el derecho penal caen dentro de esta categoría”. En conclusión, la ley suiza fue suficientemente clara y accesible de acuerdo a los estándares del TEDH. Para el segundo requisito, el Tribunal consideró como fin legítimo la protección de la moral y, por lo tanto, que cumple con los estándares del Tribunal de Estrasburgo.

Finalmente, con respecto a la necesidad en una sociedad democrática, el Tribunal presentó los siguientes argumentos:¹⁴³

incluso perversión. Los sujetos –sodomía, felación, bestialidad, el pene erecto– son obviamente moralmente ofensivos para la vasta mayoría de la población. Aunque hay que hacer ajustes para los cambios en el clima moral, incluso para lo peor, lo que tenemos aquí lo revolucionaría. Comentar sobre las obras confiscadas es superfluo; su vulgaridad es evidente y no necesita explicación”. TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, párr. 14.

¹⁴³ TEDH, *Caso Müller y otros vs. Suiza*, párrs. 31 al 37.

- i. El Tribunal ha sostenido consistentemente que en el artículo 10 § 2, el adjetivo “necesario” implica la existencia de una “necesidad social urgente”.
- ii. Los Estados contratantes tienen un cierto margen de apreciación al evaluar si tal necesidad existe, pero esto va de la mano con la supervisión europea.
- iii. El Tribunal está, por lo tanto, empoderado para dar la sentencia final sobre si una “restricción” o “penalidad” es reconciliable con la libertad de expresión como está protegida por el artículo 10.
- iv. Después de haber inspeccionado las pinturas originales, el Tribunal no encuentra irrazonable la vista tomada por las cortes suizas de que esas pinturas, con su énfasis en la sexualidad en algunas de sus formas más crudas, fue “gravemente responsablemente de ofender el sentido de propiedad sexual de las personas de sensibilidad ordinaria”.
- v. Dadas las circunstancias, teniendo como referencia el margen de apreciación bajo el artículo 10 § 2, las Cortes suizas estuvieron autorizadas a considerar “necesario” para la protección de morales imponer una multa a los solicitantes por publicar material obsceno.

El caso *Otto-Preminger-Institut* tiene, por mucho, los hechos más similares en comparación con el caso *Olmedo Bustos*. En este caso,¹⁴⁴ los tribunales suizos ordenaron prohibir la exhibición de la película *Liebeskonzil*¹⁴⁵ (“Consejo en el cielo”)

¹⁴⁴ Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que fueron establecidos la sentencia. TEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, párrs. 9 al 22.

¹⁴⁵ “La película, dirigida por Werner Schroeter, fue lanzada en 1981. Comienza y termina con escenas pretendiendo ser tomadas del juicio de Panizza en 1895. A la mitad, muestra la realización de una obra por el Teatro Belli

y confiscarlo del Otto-Preminger-Institut, el cual estaba planeando una serie de seis exhibiciones de la película para personas mayores de 17 años. A petición de la diócesis de Innsbruck de la Iglesia católica romana los cargos fueron presentados, y aunque los procedimientos penales cesaron, la exhibición no fue permitida, con base en el argumento de que el contenido de la película violó los derechos de los demás, más específicamente el derecho a “no ser insultado en los [propios] sentimientos religiosos por la expresión pública de opiniones de otras personas”.¹⁴⁶

El test de proporcionalidad fue examinado como es usual. Primero, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el requisito de “prescrito por la ley” fue satisfecho, dado que la ley fue accesible y precisa, y no fue probado que la interpretación o aplicación de la ley fuera incorrecta. Respecto al segundo requisito (fin legítimo), el TEDH consideró que la protección de los derechos de los otros fue de acuerdo al Convenio Europeo. Por tanto, está de nuevo en el análisis del tercer requisito, que este tribunal confronta la necesidad de aplicar la doctrina del margen de apreciación. En esta sentencia, el Tribunal Europeo declaró que:

en Rome. La película retrata al dios de la religión judía, la religión cristiana, y la religión islámica como un aparentemente viejo senil postrado ante el demonio con quien intercambia un profundo beso y llamando al demonio su amigo. Él es además retratado como jurando por el demonio. Otras escenas muestran a la Virgen María dejando que una historia obscena le sea leída y la manifestación de un grado de tensión erótica entre la Virgen María y el demonio. El Jesús Cristo adulto es dibujado como un deficiente mental y en una escena se le muestra lascivamente intentando acaricias y besas el pecho de su madre, que ella muestra como permitiéndolo. Dios, la Virgen María y Cristo son mostrados en la película aplaudiendo al demonio”. TEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, párr. 22.

¹⁴⁶ TEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, párr. 48.

*Como en el caso de la "moral" no es posible discernir a lo largo de Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad (véase Müller y otros vs. Suiza...); incluso dentro de un solo país tales concepciones pueden variar. Por esa razón, no es posible llegar a una definición comprensiva de lo que constituye una interferencia permisible con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión donde tal expresión se dirige contra los sentimientos religiosos de otros. Por lo tanto, un cierto margen de apreciación debe ser dejado a las autoridades nacionales en la evaluación de la existencia y la extensión de la necesidad de tal interferencia.*¹⁴⁷ (Énfasis añadido).

Algunos académicos consideraron que el Tribunal no revisó el estándar de proporcionalidad en el *Otto-Preminger-Institut*, dado que se basó principalmente en las cortes nacionales y sus puntos de vista, porque "no se puede decir que el contenido de la película sea incapaz de respaldar las conclusiones obtenidas por los tribunales austriacos".¹⁴⁸ Sin embargo, este caso prueba que este tipo de aplicación parece ser el método clásico para resolver casos en los que la moralidad está involucrada.

En un caso más reciente, *Wingrove vs. el Reino Unido*, el Tribunal Europeo aplicó, en la misma forma, el precedente que fue desarrollado en los casos antes citados. Los hechos de este caso pueden ser resumidos como sigue:¹⁴⁹ el Sr. Nigel Wingrove escribió y dirigió el video llamado *Visions in Ecstasy*, el cual mostró "una mujer vestida como una monja e intentando representar a Santa Teresa, teniendo fantasías sexuales

¹⁴⁷ TEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, ya citado, párr. 50.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 56.

¹⁴⁹ Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que fueron establecidos en el juicio. TEDH, *Caso Wingrove vs. Reino Unido*, párrs. 7 al 22.

involucrando a la figura crucificada de Cristo".¹⁵⁰ El Consejo Británico de Clasificación Cinematográfica se negó a emitir una certificación de clasificación para el video, bajo el argumento de que éste era obsceno¹⁵¹ y contrario a la Ley británica de blasfemia.

Una vez más, la posición del Tribunal Europeo fue idéntico: los dos primeros requisitos del test de proporcionalidad (prescrito por la ley y con un fin legítimo) fueron cumplidos y, mientras analizaba el tercero (necesario en una sociedad democrática), consideró que la doctrina del margen de apreciación tenía que ser aplicada. De tal manera, el Tribunal de Estrasburgo decidió que no hubo violación al artículo 10 al exponer de nuevo el argumento de una "mejor posición" con el fin de activar la doctrina del margen de apreciación:

Un amplio margen de apreciación está generalmente disponible para los Estados contratantes cuando regulan la libertad de expresión en relación con cuestiones responsables de ofender convicciones personales íntimas dentro de la esfera de las morales o, especialmente, la religión. Además, como en el campo de la moral, y quizás a un grado mayor, no hay una concepción europea uniforme de los requisitos de 'la protección de los derechos de los otros' en relación a los ataques sobre sus convicciones religiosas. Lo que probablemente cause ofensa sustancial a las personas de una particular persuasión religiosa variará significativamente de tiempo a tiempo y de lugar a lugar, especialmente en una era caracterizada por una variedad cada vez mayor de credos y denominaciones. Por razón de su contacto directo y continuo

¹⁵⁰ G. Letsas, *Two Concepts of the Margin...*, op. cit., p. 726.

¹⁵¹ La Cámara de apelación que revisó la decisión consideró que: "En estas circunstancias, la mayoría estaba convencida de que el video es blasfemo, que un jurado razonable y debidamente instruido probablemente condenaría y, por lo tanto, que el Consejo tenía razón al negarse a otorgar un certificado". TEDH, *Caso Wingrove vs. Reino Unido*, párr. 19.

*con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que el Juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de estos requisitos con respecto a los derechos de los demás, así como sobre la “necesidad” de una “restricción” destinado a proteger de tal material a aquéllos a quienes sus más profundos sentimientos y convicciones serían seriamente ofendidas.*¹⁵² (Énfasis añadido).

Por lo tanto, este último caso prueba que el precedente establecido desde el caso *Handyside* todavía se está usando en su totalidad por el Tribunal Europeo.

1.3. Conclusiones de los casos de moralidad

De la comparación de las sentencias es posible concluir que los hechos y la principal definición de los casos eran similares, todos los casos presentaron censura o confiscación de diferentes tipos de expresiones (p. ej., pinturas, películas o videos) con base en el argumento de moralidad. En el caso de la Corte Interamericana, la decisión de las autoridades chilenas de no presentar la película se basó en el argumento de que el contenido afectó los valores de la sociedad católica, igual que en los casos *Otto-Preminger-Institut* y *Wingrove*. En el caso *Müller*, todos los tribunales suizos llegaron a la conclusión de que el contenido de las pinturas era claramente obsceno y, por lo tanto, su retención era admisible con el fin de proteger la moralidad pública.

Es también notable que ambos tribunales usaran directa o indirectamente el test de proporcionalidad para analizar si la limitación era aceptada a la luz de las

¹⁵² TEDH, *Caso Wingrove vs. Reino Unido*, párr. 58.

convenciones de derechos humanos. Sin embargo, la conclusión de los tribunales regionales fue la opuesta. Como fue mostrado, la Corte IDH consideró que la censura previa de una película no está permitida, mientras que el TEDH concluyó, mediante el uso de la doctrina del margen de apreciación, que las autoridades nacionales tenían la facultad para definir lo que constituye una conducta obscena bajo su ley.

En todas las sentencias arriba citadas del Tribunal Europeo, éste enfatizó el hecho de que el margen de apreciación no era ilimitado y que el TEDH mantiene la facultad de la supervisión europea. Estrictamente hablando, "el margen de apreciación local por tanto va de la mano con una supervisión europea (...) tal supervisión se refiere tanto al objetivo de la medida desafiada como su "necesidad"; cubre no sólo la legislación básica sino además la decisión de aplicarla, incluso una dada por una corte independiente".¹⁵³ No obstante, y como Letsas lo presenta: "interesantemente, a pesar de la abundante referencia al hecho de que el margen de apreciación de los Estados no está limitado sino que 'va de la mano con la supervisión europea', en ninguno de los casos mencionados (...) la Corte declaró una violación".¹⁵⁴

En todos los juicios antes mencionados, el Tribunal Europeo reforzó la posición que se presentó por primera vez en el caso *Handyside*. De acuerdo a esta aproximación, el precedente es claro: las cortes locales están mejor posicionadas para evaluar si cierta limitación a la libertad de expresión es necesaria para proteger la moralidad pública o definir lo que una sociedad considera como obsceno. En consecuencia, el

¹⁵³ TEDH, *Caso Handyside vs. Reino Unido*, ya citado, párr. 49.

¹⁵⁴ G. Letsas, *Two Concepts of the Margin...*, *op. cit.*, p. 727.

margen de apreciación es, como regla general, más amplio en estos casos. Como se presentó al comienzo de este capítulo, en los casos de libertad de expresión, la doctrina puede ser afectada por la práctica de otro miembro; así, cuando la Corte advierte que no hay consenso entre los Estados contratantes, prefiere conceder un amplio margen en lugar de establecer la razón común mínima o estándares que los Estados tendrán que seguir para actuar a la luz del Convenio Europeo. El efecto directo de esta decisión es que el Tribunal Europeo nunca enfrenta o intenta una definición de moralidad, dado que este objetivo se deja a las autoridades nacionales.

Es importante advertir que, por el contrario, la Corte Interamericana no otorgó ningún tipo de margen explícito o indirecto al Estado chileno, especialmente al Poder Judicial nacional. Por el contrario, consideró que el argumento usado con el fin de respaldar la censura previa –la protección de la moralidad católica– no fue suficiente para legitimar la limitación. Fiel a su precedente, la Corte IDH estableció los estándares mínimos que deben cumplir los Estados miembros y ordenó las reparaciones necesarias que el Estado chileno debía adoptar para detener la violación del artículo 13 de la CADH.

Se puede declarar que para la Corte Interamericana es más fácil encontrar una razón común dentro de los Estados contratantes de la Convención Americana, dado que la mayoría de estos Estados comparten el mismo lenguaje, un ambiente similar y una mayor parte de la población es católica. No obstante, fácilmente puede contradirse este argumento si se toma en consideración que el contexto de dos países similares puede ser totalmente diferente, particularmente en una cuestión tan controvertida como la moralidad. Un ejemplo de las diferencias entre Estados puede ser

la comparación entre Chile y Argentina, que comparten una larga frontera, una historia común y tienen población similar. Sin embargo, Chile es bien conocido por ser una sociedad realmente conservadora, en la medida que el divorcio fue legalizado apenas hace cinco años,¹⁵⁵ mientras que Argentina, en una medida realmente progresista, sólo promulgó una ley –la primera en la región– que acepta completamente el matrimonio homosexual y todos los efectos de esta institución judicial.¹⁵⁶ Por lo tanto, no es posible concluir que la decisión de la Corte Interamericana de establecer estándares mínimos en esta cuestión es el resultado de una región que comparte valores comunes o herencia, por el contrario, parece más como una decisión tomada en la forma en como la Corte IDH interpreta su función. Como se mencionó antes, en el capítulo acerca del uso del margen de apreciación en el sistema interamericano, este sistema regional considera que uno de sus principales deberes es establecer estándares y reglas mínimas según las cuales los Estados deben respetar los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

Adicionalmente, el uso de esta doctrina, específicamente sobre la cuestión de la moralidad, ha sido ampliamente criticado. En particular, “algunos comentaristas consideran la doctrina del margen de apreciación como una falla de la Corte al hacer su deber en reforzar la Convención. Tales comentaristas asumen que el margen únicamente viene a cuento donde una violación ha sido establecida, y argumentan que,

¹⁵⁵ Para mayor información acerca de este tema: Larry Rother, “Divorce Ties Chile in Knots”, *The New York Times*, Week in Review, 30 de enero de 2005. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2005/01/30/weekinreview/30rother.html>

¹⁵⁶ Para mayor información acerca de este tema: Alexei Barrionuevo, “Argentina Approves Gay Marriage, in a First for Region”, *The New York Times*, Americas 15 de julio de 2010. Disponible en: http://www.nytimes.com/2010/07/16/world/americas/16argentina.html?_r=2&ref=same_sex_marriage

en todos estos casos, la decisión correcta es que ha habido una violación".¹⁵⁷ Después de comparar los juicios, es claro que el uso del margen de apreciación por parte del TEDH se abre de par en par con el fin de aceptar argumentos a partir de los cuales los Estados pueden limitar la libertad de expresión.

Además, el argumento relativo a la necesidad de hallar un consenso o razón común dentro de los Estados miembros para determinar si es relevante activar la doctrina del margen de apreciación puede ser considerado como un mecanismo peligroso para la protección de las minorías. Si las autoridades nacionales son las que están a cargo y mejor posicionadas para indicar qué constituye la moralidad en un contexto específico, es una posibilidad factible que la voluntad de la mayoría sea impuesta. A este respecto, Letsas considera que todos los juicios que fueron descritos muestran que "todas las instancias involucran las preferencias moralizadoras de la mayoría, esto es, su preferencia externa que algunas personas no deberían disfrutar alguna libertad sobre la base de que su plan de vida es inferior (...) [Así,] la Corte toma las preferencias moralizadoras de la mayoría como sinónimo de 'morales públicas' y por tanto constituyendo un 'fin legítimo'". Con base en los juicios analizados, las personas que disfrutaban el arte controversial o que son ateas no tienen derecho a expresarse o a recibir esta información, dado que eso viola o confronta las preferencias de la mayoría.

En el capítulo del ámbito de la libertad de expresión se dijo que el Tribunal Europeo considera que la libertad de expresión protege no sólo las ideas favorables, sino ade-

¹⁵⁷ L. Mackay of Clashfern, "The Margin of Appreciation and the Need", *op. cit.*, p. 842.

más “[expresiones] que serían consideradas como ofensivas y que ofenderían, conmocionarían o perturbarían al Estado o cualquier sector de la población”.¹⁵⁸ Sin embargo, el precedente que fue analizado en este capítulo tiende a probar que este estándar no es completamente seguido por el Tribunal Europeo, al menos no en este sentido. Por ende, si una de las principales funciones de un tribunal de derechos humanos internacional o regional va a establecer estándares mínimos que tiene que ser iguales para cada ciudadano dentro de la jurisdicción de un Estado contratante, ¿por qué el Tribunal Europeo prefiere otorgar un amplio margen de apreciación en casos concernientes a la moralidad? ¿No es preferible, para la protección del derecho a la libertad de expresión y las minorías, que el Tribunal indicara una razón común que todos los Estados europeos tengan que cumplir? Aparentemente y después de la comparación entre juicios, la respuesta es afirmativa, en este sentido el sistema interamericano parece traer más protección a las minorías y es más estricto sobre la protección de la libertad de expresión que el Tribunal Europeo.

2. Casos de difamación

“La mayoría de los casos concernientes al artículo 10 son presentados por las personas que han recibido una sanción por difamar o insultar otras personas”;¹⁵⁹ aparentemente, la misma situación ocurre en la Corte Interamericana, dado que la mayoría de los casos presentados ante ella se relacionan con procedimientos penales o civiles llevados a cabo por difamación o derechos personales como el derecho del funcionario

¹⁵⁸ L. Lester, D. Pannick y J. Herberg, *Human Rights Law and Practice...*, op. cit., p. 198.

¹⁵⁹ C. Obey y R. White, *Jacobs and White: The European Convention...*, op. cit., p. 323.

público al honor y la reputación. Aunque el número de casos entre ambos tribunales no es comparable, el porcentaje es similar: de 11 peticiones individuales por libertad de expresión ante la Corte IDH, seis están relacionadas con esta materia. En las siguientes líneas se presenta la aproximación a este tema por los tribunales; así, con el fin de organizar la comparación, se divide el capítulo en estas subsecciones: i) difamación en contra de políticos; ii) difamación en contra de servidores públicos; y iii) difamación en contra de autoridades judiciales. Ya que la cantidad de casos de la Corte Europea hace imposible presentar toda la jurisprudencia relativa a este tema, únicamente los juicios con hechos similares a los casos de la Corte Interamericana serán usados para la comparación.

2.1. Difamación en contra de políticos

Pueden resumirse los hechos del caso Herrera Ulloa como siguiente:¹⁶⁰ el 13 de diciembre de 1995, el diario costarricense *La Nación* publicó varios artículos del periodista Mauricio Herrera Ulloa en los que parcialmente reprodujo varios artículos de la prensa belga. Estos artículos trataban de un diplomático costarricense que aparentemente estuvo involucrado en un caso de corrupción. Por estos artículos, el señor Mauricio Herrera Ulloa fue encontrado culpable de cuatro cargos de difamación por publicar insultos y le fue ordenado pagar una multa.

Como se describió en el capítulo concerniente al ámbito de la libertad de expresión, este juicio es relevante en la jurisprudencia de la Corte IDH por indicar el estándar

¹⁶⁰ Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que se establecieron en la sentencia. Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 95 (del inciso a al nn).

relacionado con responsabilidad subsecuente. Sin embargo, este juicio es además un buen ejemplo de cómo la Corte Interamericana usa los precedentes del Tribunal Europeo con el fin de desarrollar los estándares de los derechos humanos en la región. Por lo tanto, esta aproximación a la cuestión por ambos tribunales es casi idéntica.

El caso Herrera Ulloa comienza analizando qué tipo de expresiones son aceptables en casos donde los medios informaron acerca de una figura pública (p.ej. políticos) y la diferencia de la responsabilidad de los medios si la persona interesada es un individuo privado. Básicamente, la Corte Interamericana optó por aceptar la regla general, según la cual “la reputación de los políticos, la policía y otros servidores públicos está mucho menos protegida, con la consecuencia de que las restricciones a la libertad de expresión sobre la base de la protección de estos últimos deben ser rigurosamente analizadas”.¹⁶¹ Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH hizo alusión expresa del caso *Lingens*, en el cual el Tribunal de Estrasburgo estudió la condena impuesta a un periodista por difamar al canciller austriaco al haberlo acusado de tener una actitud tolerante hacia el Nacional-Socialismo y de incorporar al gobierno a personas vinculadas con ese partido.¹⁶² En consecuencia, la Corte Interamericana citó el siguiente párrafo:

Los límites de crítica aceptable son más amplios con respecto a un político que actúa en su capacidad pública que en relación a un individuo privado, ya que el primero inevitable y sabidamente se abre a un escrutinio minucioso de cada una de sus

¹⁶¹ Y. Arai –Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁶² Lo siguiente es un resumen de los hechos probados que se establecieron en la sentencia. TEDH, Caso *Lingens vs. Austria*, párr. 9 al 30.

palabras y hechos tanto por publicistas como por el público en general, y debe mostrar un mayor grado de tolerancia. Un político ciertamente tiene derecho a que su reputación esté protegida, incluso cuando no actúa en su capacidad privada, sin embargo, los requisitos de esa protección tienen que ser balanceados contra los intereses de la discusión abierta de las cuestiones políticas".¹⁶³ (Énfasis añadido).

En el capítulo acerca del ámbito de la libertad de expresión, la importancia de este derecho para desarrollar una sociedad democrática fue resaltada. Precisamente, este precepto respalda la idea de que los políticos o figuras públicas tienen que ser más tolerantes de la crítica hacia ellos, ya que el escrutinio de sus conductas y acciones pueden ser importantes para el debate público en una democracia. La principal diferencia entre políticos y particulares es que cuando deciden ser parte de la política, abren la puertas a la prensa para ejercer la función de "vigilante" de la sociedad, ya que "la libertad de prensa además ofrece al público uno de los mejores medios para descubrir y formar una opinión de las ideas y actitudes de los líderes políticos".¹⁶⁴ Esto no significa que los políticos no tienen el derecho a proteger su honor; simplemente implica que el test de proporcionalidad es aplicado en una forma menos estricta cuando las personas ocupan ese puesto. En términos simples, "la doctrina acerca de las llamadas 'figuras públicas' se aplica bajo el entendido de que el alcance admisible de la crítica contra políticos es, en virtud de su función, 'más amplio' que el de individuos privados".¹⁶⁵

¹⁶³ TEDH, *Caso Dichand y otros vs. Austria*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 39; y TEDH, *Caso Lingens vs. Austria*, ya citado, párr. 42.

¹⁶⁴ Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, ya citado, párr. 125.

¹⁶⁵ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 121.

Es importante advertir que en el caso *Linges*, el Tribunal Europeo hizo una referencia del margen de apreciación que los Estados contratantes tienen para evaluar si una limitación se basó en una “necesidad social urgente”.¹⁶⁶ Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo decidió no aplicar la doctrina en este caso. En consecuencia, es apropiado afirmar que ambos tribunales comparten el mismo estándar en esta cuestión y que por medio de aplicarla estrictamente, las dos llegan a una idéntica conclusión: los artículos 10 y 13 de las respectivas convenciones fueron violados.

El precedente antedicho ha sido reiterado en juicios posteriores. En *Oberschlick vs. Austria*, el Tribunal Europeo aceptó que la tolerancia de los políticos a la crítica tiene que ser en la medida de aceptar insultos. En este caso, un periodista fue condenado por llamar “idiota” al canciller austríaco. El Tribunal de Estrasburgo consideró que la sanción impuesta al periodista violaba el artículo 10, ya que “el artículo del solicitante y, en particular la palabra *Trotte!* [idiota], pueden ser considerados indudablemente polémicos, pero no constituyeron un ataque personal gratuito dado que el autor ofreció una explicación objetivamente entendible”.¹⁶⁷

Además, la Corte Interamericana aplicó el precedente unos meses después del caso *Herrera Ulloa* en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. En este caso: “el candidato Ricardo Canese hizo declaraciones a los medios en contra del candidato Juan Carlos Wasmosy, a quien él acusó de estar involucrado en irregularidades relacionadas a la

¹⁶⁶ “Los Estados contratantes tienen un cierto margen de apreciación al evaluar si la necesidad existe (*ibidem*), pero va de la mano de una supervisión europea, que abarca tanto la legislación como las decisiones de aplicarlo, aún aquellas decisiones dadas por una corte independiente”. TEDH, *Caso Lingens vs. Austria*, ya citado, párr. 39.

¹⁶⁷ TEDH, *Caso Oberschlick vs. Austria* (núm. 2). Sentencia de 25 de junio de 1997, ap. 20834/92, párr. 33.

construcción de una planta hidroeléctrica. Canese fue procesado y sentenciado a cuatro meses en prisión, entre otras restricciones a sus derechos básicos".¹⁶⁸ La Corte IDH consideró que, de acuerdo al estatus de candidato de la persona que fue acusada, el estándar era menor, ya que la denuncia hecha por Canese era una cuestión de interés público. Adicionalmente, la Corte Interamericana enfatizó la importancia de la libertad de expresión para la formación de la opinión pública, especialmente durante un proceso electoral. En este sentido, la Corte Interamericana se volvió una vez más a la jurisprudencia del TEDH al establecer que:

Mientras que inapreciable para todos, la libertad de expresión es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos (...) Ellos representan el electorado, llaman la atención a sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por consiguiente, las interferencias con la libertad de expresión de un político que es miembro de un partido de oposición, como el solicitante, demanda el escrutinio más cercano de parte de la Corte.¹⁶⁹

La importancia de otorgar libertad de expresión con el fin de proteger una democracia parece ser un estándar más fuerte que la doctrina del margen de apreciación, ya que, en ninguno de los casos previamente citados, la Corte Europea consideró aplicarlo y, por el contrario, aplicó un estricto test de proporcionalidad que produjo la convicción de los Estados contratantes de violar el artículo 10.

¹⁶⁸ CIDH, Informe Anual 2009. OEA/Ser.L./V/II. Doc. 51, párr. 21.

¹⁶⁹ TEDH, *Caso Incal vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 1998, ap. 54, párr. 46.

2.2. *Difamación en contra de servidores públicos*

El estándar para medir si el servidor público ha sido difamado es idéntico a la regla antedicha. Esto puede explicarse parcialmente en tanto la crítica contra el gobierno debe ser ampliamente tolerada y, con base en una evaluación de proporcionalidad, debe escogerse la medida menos restrictiva.¹⁷⁰ Como se mencionó, el ejercicio de la libertad de expresión constituye un buen mecanismo con el fin de encontrar la verdad y, por lo tanto, es una buena herramienta para mantener la transparencia de los procedimientos públicos. Sin embargo, ambos tribunales han tratado con el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en cuestiones de interés público y la protección del derecho de los funcionarios públicos al honor y la reputación.

De manera particular en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte Interamericana tuvo que balancear el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y reputación, dado que tuvo que establecer si la condena de un abogado que había declarado, durante una conferencia de prensa, que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas privadas y las había revelado a terceras partes, fue legítima o no. Después de aplicar el test de proporcionalidad, la Corte IDH consideró que la medida fue innecesaria y reiteró que el puesto o la condición de funcionario público implicaba que tenía que ser más tolerante a la crítica o acusaciones. Sin embargo, la Corte no estableció que el procedimiento penal para proteger el derecho al honor y la reputación no había cumplido con los objetivos perseguidos en la Con-

¹⁷⁰ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 122.

vencción Americana o que hubiera implicado una sanción desproporcionada. Por el contrario, la Corte Interamericana consideró que:

La Corte no considera que cualquier sanción penal relativa al derecho a informar o a dar la propia opinión sea, de por sí, contraria a las previsiones de la Convención. En todo caso, esa posibilidad debe ser analizada cuidadosamente, tomando en consideración los efectos de la conducta del individuo que expresó su opinión, su mala fe probada, las características del daño injusto ocasionado y la información adicional que muestre la necesidad absoluta de acudir al ámbito penal. En todas las etapas procesales, la carga de la prueba debe estar en cabeza de la parte que impulsa el proceso penal.¹⁷¹

Esta declaración puede ser observada como si la Corte Interamericana garantizara un tipo de margen de apreciación a los Estados contratantes, porque les da algún espacio de maniobra para implementar procedimientos bajo los cuales se protegerá el derecho al honor y la reputación consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana. No obstante, la aceptación de este margen no provocó la negación de la violación del artículo 13.

El Tribunal Europeo tomó un enfoque diferente en su análisis del caso *Janowski vs. Polonia*. Los hechos de este caso fueron: un periodista fue condenado por insultar a uno de los policías municipales que estaban ordenando a los vendedores de la calle dejar un cuadro y mover sus puestos improvisados a una plaza comercial cercana. El

¹⁷¹ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, ya citado, párr. 120 y Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, ya citado, párr. 78.

periodista fue sancionado por esta confrontación. El Tribunal de Estrasburgo consideró que no fue posible garantizar en este caso una protección especial a la libertad de expresión, ya que “las observaciones del solicitante no (...) formaron parte de una discusión abierta de cuestiones de interés público; ni involucraron la cuestión de la libertad de prensa, dado que el solicitante, aunque un periodista de profesión, claramente actuó como un particular en esta ocasión”.¹⁷² Por lo tanto, dado que no fue posible enmarcar la acción dentro de un ejercicio de libertad de expresión que implicara una cuestión de interés público, este Tribunal consideró que, en esta situación, el margen de apreciación era más amplio y, por lo tanto, decidió que el Estado polaco cumplió con los requisitos del artículo 10.2 del CEDH.

Como una conclusión, es posible indicar que “cuando se trata de si (...) una penalidad constituye una violación del artículo 10, el Tribunal tomará en cuenta un número de factores, incluida la función realizada por el autor y el sujeto, ya sea que la expresión impugnada consista en una declaración de hecho o un juicio de valor, y la severidad de la pena”.¹⁷³ En el caso en el cual el Tribunal Europeo indique que la expresión no contribuye a un debate público o una cuestión de interés público, se aplicará el margen de apreciación.

2.3. *Difamación en contra de Jueces*

Mientras que, entre políticos y funcionarios públicos, la protección en contra del ejercicio de la libertad de expresión tiende a ser menor, el Poder Judicial y sus auto-

¹⁷² TEDH, *Caso Janowski vs. Polonia*. Sentencia de 29 de enero de 1999, núm. 25716/94, ap. 30, párr. 32.

¹⁷³ C. Obey y R. White, *Jacobs and White: The European...*, op. cit., p. 323.

ridades, como regla general, están más protegidos. Por lo tanto, se considera que “entre los funcionarios públicos, los Jueces disfrutan la mayor protección de su autoridad, y el límite de crítica aceptable en contra de ellos es el más estrecho”.¹⁷⁴ A pesar de este estándar, ambos tribunales se han encontrado con situaciones en las que ha sido necesario crear excepciones a la regla.

En el caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte Interamericana tuvo que examinar si la sanción impuesta a un periodista por publicar un libro¹⁷⁵ que criticaba las acciones de un Juez penal a cargo de investigar una masacre ocurrida durante los tiempos de la dictadura era arbitraria o no. Para resolver correctamente la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, la Corte decidió aplicar el test de proporcionalidad. Sin embargo, la metodología expuesta fue diferente del método regular que se usa comúnmente. Por lo tanto, la Corte Interamericana decidió que el test de proporcionalidad adecuado que fue útil para este caso es el siguiente:

Tomando lo anterior en cuenta, para emitir un juicio en el caso en cuestión, la Corte: i) verificará si la definición jurídica del delito de difamación afectó la estricta legalidad que ha de observarse cuando se restringe la libertad de pensamiento y expresión por medio de procedimientos penales; ii) examinará si la protección de la reputación de los Jueces tiene un propósito legítimo, de acuerdo con las disposiciones de la Convención y determinará, si es apropiado, la idoneidad de una sanción penal para alcanzar el propósito buscado; iii) evaluará si tal medida es

¹⁷⁴ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, op. cit., p. 116.

¹⁷⁵ “El libro *La masacre de San Patricio* fue publicado en noviembre de 1989. Este libro trata del homicidio de cinco clérigos de la orden Patolina cometidos en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar”. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, párr. 41.

necesaria; y *iv*) examinará la proporcionalidad estricta de tal medida, esto es, si la penalidad impuesta al sr. Kimel ha garantizado completamente el derecho del funcionario público mencionado por el autor del libro a que su honor sea respetado, sin hacer ineficaz el derecho del segundo a expresar su opinión.¹⁷⁶

La Corte IDH consideró que los dos primeros requisitos fueron cumplidos en su totalidad por el Estado argentino. Al evaluar el tercer requisito, este Tribunal expresó que el procedimiento penal sólo es necesario para proteger los derechos humanos de ataques graves, por lo que “la definición amplia del delito de difamación podría ser contraria al principio del mínimo, necesario, apropiado y último recurso, o *ultima ratio* de la intervención del derecho penal”.¹⁷⁷ Sin embargo, este Tribunal consideró que aunque no fue posible establecer que el procedimiento penal fuera arbitrario *per se*, la sanción impuesta a Kimel no fue proporcionada. La Corte Interamericana argumentó además que la declaración hecha por Kimel en el libro en contra del Juez a cargo de la investigación no podría ser considerada como información, sino como un juicio de valor.

En el caso *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*, el Tribunal Europeo siguió un camino parecido. Estos dos periodistas habían publicado varios artículos de revistas criticando la posición de un Juez que estuvo a cargo del procedimiento de custodia de un menor, cuyo padre fue acusado de incesto. Por esta publicación ambos periodistas fueron sancionados. Después de reiterar la importancia de la prensa para la conformación de un debate público y establecer que la cuestión fue una cuestión de poblaciones

¹⁷⁶ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, ya citado, párr. 58.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 76.

afectadas, el Tribunal de Estrasburgo decidió que la sanción impuesta al periodista no fue de acuerdo al artículo 10 del CEDH, ya que “respecto a la seriedad de las circunstancias del caso y del problema en juego, la necesidad de la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión de los solicitantes no había sido mostrada”.¹⁷⁸

Por otra parte, en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, la Corte Europea abordó un caso en el cual era necesario establecer si no era necesario publicar una información relativa a la malformaciones serias de las extremidades ocasionadas por el consumo de un medicamento (talidomida) por parte de mujeres embarazadas, para evitar el “desacato al Tribunal”, ya que en el momento en el que el artículo iba a ser publicado el resultado de los procesos estaba pendiente en las cortes nacionales. Este juicio fue decidido tres años después que el caso *Handyside*, por lo que la Corte Europea determinó indicar las razones por las que no fue posible otorgar un margen amplio de apreciación al Estado británico, como se concedió en el caso previo. Básicamente, al aplicar el test de proporcionalidad, el TEDH consideró que ahí existe un consenso entre los Estados contratantes sobre la noción de la autoridad del Poder Judicial. La definición de “autoridad del Poder Judicial” ha sido indicada por el Tribunal de Estrasburgo como “la noción que las cortes son, y son aceptadas por el público en general, el foro adecuado para la solución de las disputas jurídicas y para la determinación de la culpa de una persona o inocencia de un cargo criminal; además, que el público en general tiene respeto y confianza en la capacidad de las cortes para cumplir esa función”.¹⁷⁹ Por lo tanto, es interesante advertir que “la Corte dijo claramente que,

¹⁷⁸ TEDH, *Caso De Haes y Gijssels vs. Bélgica*. Sentencia de 29 de agosto de 1997, párr. 49.

¹⁷⁹ TEDH, *Caso Worm vs. Austria*. Sentencia de 27 de enero de 1997, párr. 49.

a diferencia de la idea de la moral, la idea de mantener la autoridad del Poder Judicial encuentra un terreno común entre los Estados contratantes, y por esa razón es “una noción mucho más objetiva”.¹⁸⁰ Con base en este argumento, la Corte Europea encontró que la prohibición de publicar el artículo fue una violación al artículo 10 del CEDH.

2.4. Conclusiones sobre la difamación

Es posible afirmar, después de la comparación de los juicios de ambas cortes, que la doctrina del margen de apreciación no constituye una interferencia para la protección de la libertad de expresión en esta materia. Como se indicó antes, la defensa de la libertad de expresión con el fin de proteger la democracia parece ser un criterio estable, que la doctrina del margen no tiene efectos en ella. Es precisamente por esta razón que algunos académicos consideraron que “el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las cortes nacionales ha sido sobre las características de la jurisprudencia sobre difamación”,¹⁸¹ en tanto, sobre este tema, precisamente el Tribunal de Estrasburgo estableció parámetros dirigidos a las cortes locales y señaló con esto la manera en la cual el test de proporcionalidad debe ser aplicado para garantizar este derecho. Por lo tanto, el tipo de información, idea u opinión que ha sido expresada implica un efecto directo en el uso del margen.

Por otro lado, es interesante examinar el hecho de que ambas cortes toman en cuenta el “efecto paralizante”, al entender que el “castigo de un periodista por ayudar

¹⁸⁰ G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation...*, *op. cit.*, p. 725.

¹⁸¹ J. Viljanen, *The European Court of Human Rights...*, *op. cit.*, p. 266.

en la diseminación de declaraciones hechas por otra persona (...) impediría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de cuestiones de interés público".¹⁸² La Corte Interamericana ha tomado en cuenta si cierta limitación no producirán un "efecto disuasivo, paralizador e inhibitor en todos aquéllos quienes practica el periodismo".¹⁸³ De esta manera, esto puede ser también un argumento que respaldará la idea de la protección especial para el ejercicio de la libertad de expresión en contra de funcionarios públicos y políticos. Este argumento explicaría porque uno de los factores que afectan la aplicación de la doctrina del margen de apreciación es que, si la Corte Europea se da cuenta que una reacción o efecto negativo sería creado por la aceptación de la limitación, conduciría al escrutinio más estricto.

Por último, es relevante señalar la negativa de la Corte Interamericana a sostener que el procedimiento penal no es un método adecuado para garantizar el derecho al honor. En sentido opuesto, la Corte IDH, en una forma indirecta –sin mencionar expresamente la doctrina– consideró que la implementación del procedimiento penal en esta cuestión no contradice la Convención Americana, y que cada Estado decidiría la manera de implementar este derecho. Aunque ésta es una posición exclusiva de la Corte Interamericana, ya que la Oficina del Reportero Especial de la Comisión Interamericana ha invitado en varias ocasiones a miembros del Estado a revocar o enmendar leyes que criminalizan la difamación, calumnia, y desprestigio, y en este sentido, regular estas conductas exclusivamente en el área del derecho civil.

¹⁸² TEDH, *Caso Thomas vs. Luxemburgo*, párr. 62. Además, Eur. Court H.R., *Caso de Barfod vs. Dinamarca*, juicio de febrero 22, 1989, para. 29.

¹⁸³ Corte IDH, *Caso Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, ya citado, párr. 133.

VI. CONCLUSIONES GENERALES

Una vez que los principales argumentos que activan el margen de apreciación han sido expuestos, se presentan las principales críticas y contraargumentos. Primero, esta doctrina ha sido ampliamente criticada, dado que la aplicación de la doctrina no es sistemática o coherente. En este respecto, “todos los comentaristas están de acuerdo que ninguna fórmula simple puede describir cómo trabaja y que, a pesar de la montaña de jurisprudencia y análisis, sus características más sobresalientes siguen siendo casuistas, irregulares y, en buena medida, impredecibles”.¹⁸⁴ Lo anterior causa incertidumbre jurídica, porque no es posible predecir el resultado final de los casos con hechos y cuestiones jurídicas similares. Además, a largo plazo, puede ocasionar la pérdida de legitimidad del sistema europeo, en tanto puede considerarse que el Tribunal de Estrasburgo no crea un precedente lo suficientemente fuerte como para garantizar que todos los Estados miembro cumplan con las obligaciones esta-

¹⁸⁴ S. Greer, *The European Convention on Human Rights...*, *op. cit.*, p. 223.

blecidas en el Convenio Europeo. Lo antedicho se relaciona con el hecho de que "la doctrina podría sofocar el desarrollo de la jurisprudencia, que contribuye, a su vez, a la elaboración de normas internacionales a través del tiempo".¹⁸⁵ La realidad en esta cuestión es que aunque el Tribunal Europeo no usa la doctrina en una forma sistemática, éste es completamente consciente de la necesidad de crear estándares mínimos que los Estados contratantes tienen que seguir. De esta forma, es relevante entender el Convenio Europeo "como un instrumento que armoniza la ley de los Estados contratantes en torno a un estándar mínimo de protección".¹⁸⁶

Además, el margen de apreciación puede ser percibido como una fuerte concesión del Tribunal Europeo para los Estados contratantes que puede socavar la estabilidad del sistema regional. El que el sistema de los derechos humanos dependa casi completamente de la voluntad de los Estados miembros para cumplir con las obligaciones consagradas en las convenciones, podría implicar que las cortes internacionales supongan que tienen que actuar cuidadosamente con el fin de asegurar que los Estados cumplirán con esas obligaciones y evitar que un malestar entre ellos sea creado hasta el punto, en el peor escenario, de que los Estados decidan denunciar los tratados de derechos humanos. Teniendo esto en mente es que el margen de apreciación es considerado una herramienta práctica para proteger la relación entre las cortes internacionales y los Estados, dado que "da la flexibilidad necesaria para evitar confrontaciones dañinas entre la Corte y los Estados contratantes sobre sus respectivas esferas de

¹⁸⁵ Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine...", art. cit., p. 922.

¹⁸⁶ Dimitrios Evrigenis, "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 3, núm. 121, 1982, p. 138.

autoridad".¹⁸⁷ Sin embargo, el margen puede no ser visto como una imposición del Estado al Tribunal Europeo, porque "vale la pena enfatizar (...) que la doctrina del margen de apreciación fue inventada y evolucionó por el Tribunal mismo, no fue de ninguna manera forzado por los Estados miembros".¹⁸⁸ Así, fue el Tribunal con base en los argumentos antedichos que decidió crear un espacio donde la soberanía de las autoridades nacionales tengan más habilidad para decidir si las restricciones a un cierto derecho cumplen con la razón establecida en el Convenio.

Otra crítica directa para la doctrina del margen de apreciación es que puede ser vista como un método que una corte puede usar para evitar el análisis exhaustivo de casos de especial complejidad. Algunos académicos consideraron la doctrina como una puerta abierta para permitir que el Tribunal tome decisiones sin exponer las razones o motivaciones reales detrás de la decisión. El principal miedo es que el margen puede constituir una puerta abierta para permitir el Tribunal Europeo tome decisiones no basadas en el razonamiento judicial sino en argumentos políticos. Por ejemplo, hay un miedo constante de que el Tribunal Europeo decidirá otorgar un amplio margen de apreciación a cierto Estado que ha amenazado denunciar la Convención Europea sólo para garantizar que continuará en el sistema regional. No obstante, éstas son sólo suposiciones acerca de los motivos reales que pueden empujar al Tribunal a tomar una decisión. Ya que los argumentos políticos nunca son expresados en los juicios, no es posible probar si esto de hecho pasa o si es sólo el producto de no presumir la buena fe del TEDH.

¹⁸⁷ Rudolf Bernhardt, "The Convention and Domestic Law", en R. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights...*, op. cit., p. 123.

¹⁸⁸ L. Mackay of Clashfern, "The Margin of Appreciation and the Need to Balance", art. cit., p. 840.

Por otro lado, un argumento que se usa comúnmente para apoyar la doctrina del margen de apreciación es que ahí existe una deficiencia democrática inherente en las cortes locales e internacionales, ya que estos tribunales “están compuestos de individuos no directamente elegidos, [por tanto] su idoneidad para tomar elecciones importantes respecto a condiciones sociales dentro de los Estados es controversial”.¹⁸⁹ Esta crítica no es exclusiva de las cortes de derechos humanos, por el contrario, ésta es una de las principales críticas dirigidas contra a las cortes constitucionales nacionales. Esta crítica es llamada la “objección contramayoritaria”. De acuerdo a esta crítica, el hecho de que la decisión de un Juez puede ser anulada por leyes hechas por un cuerpo representativo principal, tal como el Parlamento, va en contra de los principios de una sociedad democrática. Esta crítica es tan comúnmente usada en contra de las cortes constitucionales o los tribunales internacionales alrededor del mundo que “se dice que son distintas tensiones contramayoritarias inherentes a la revisión judicial”.¹⁹⁰ Aunque este argumento puede ser considerado como un punto fuerte en contra de la intervención de los Jueces, y especialmente los Jueces constitucionales; no es completamente verdadero que la intervención de los Jueces es antidemocrática; ya que “la legitimidad de la revisión judicial se defiende precisamente sobre bases democráticas”.¹⁹¹ Primero, es necesario recordar que la “tiranía de la democracia” fue una de las causas que apoyó el régimen Nazi y la principal razón para un nuevo impulso hacia la adopción de las Cortes Constitucionales y Tribunales de derechos humanos

¹⁸⁹ Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine...”, art. cit., p. 920.

¹⁹⁰ Marius Pieterse, “Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, núm. 3, 2004, p. 389.

¹⁹¹ Rodrigo Uprimny Yepes, “Should Courts Enforce Social Rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court”, *Dejusticia*, [recurso en línea], 2006, p. 17.

en el mundo después de la guerra. Es necesario que en una democracia exista un organismo a cargo de proteger los intereses de las minorías y además asegurar que los derechos que son intrínsecos a la sociedad democrática estén protegidos y garantizados, porque esto asegurará “el respeto, la continuidad y la imparcialidad de los procesos democráticos, así como la protección incondicional de los derechos fundamentales –que son la precondition para el funcionamiento de la democracia”.¹⁹² En consecuencia, en el caso de que las cortes nacionales no cumplan con esta protección, es el turno del Tribunal internacional para intentar proteger los derechos y garantías antedichos.

Como se puede ver, la doctrina del margen de apreciación genera una discusión en la cual es igualmente posible argumentar a favor y en contra. Así, ¿qué lado tiene la razón? ¿Es necesario eliminar el uso de esta doctrina? O, por el contrario, ¿es necesario que todas las cortes internacionales implementen la doctrina con el fin de proteger el principio de subsidiariedad y logren alcanzar un balance entre su poder y el de los Estados contratantes? Si la respuesta es positiva, entonces ¿en qué medida debería una corte auto controlarse con el fin de permitir que cada Estado tenga la oportunidad de elegir el mecanismo adecuado para implementar derechos humanos? Y finalmente, ¿debería la Corte Interamericana introducir la doctrina en sus estándares?

La respuesta correcta a estas preguntas definitivamente no es simple. Como se demostró durante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la aplicación

¹⁹² *Ibidem.*

del margen de apreciación algunas veces crea más problemas de los que resuelve. La cantidad de críticas que recibe el Tribunal de Estrasburgo por la adopción de la doctrina es considerablemente alta y, como se mencionó anteriormente, esto socava no sólo la imagen de la Corte de Estrasburgo frente a académicos, sino que además puede afectar la legitimidad del Tribunal a los ojos de los Estados contratantes.

En mi opinión, el problema no se basa en el hecho de que la doctrina del margen de apreciación es una metodología negativa *per se*. Aunque algunos académicos consideraron que “hay una pregunta seria relativa a si la aplicación del margen de apreciación es consistente con la noción de derechos humanos”,¹⁹³ ya que el principal objetivo para el sistema de derechos humanos debería ser alcanzar estándares universales para la protección de los derechos humanos. No obstante, la doctrina del margen de apreciación ha probado además ser un método adecuado para balancear los poderes de los Estados miembros y las cortes internacionales; además de proteger los principios del derecho internacional tan importantes como el principio de subsidiariedad y ofrece a la Corte la oportunidad de aplicar la auto restricción judicial. En consecuencia, el problema no es principalmente la doctrina misma, sino la forma en que se ha aplicado para el Tribunal Europeo.

Asumiendo que el Tribunal de Estrasburgo usaría la doctrina del margen en una forma sistemática y coherente, en la cual las motivaciones reales para aplicar la doctrina se presentarían plenamente y el resultado de los casos con hechos y cuestiones legales similares sería el mismo; entonces la doctrina sería mejor recibida y

¹⁹³ Y. Arai Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, p. 17.

entendida. Si la doctrina se presenta como un criterio que sistematizará los estándares según los cuales se ajustará el rigor de la proporcionalidad; por cierto, la crítica relacionada con la doctrina se reducirá. En consecuencia, la lucha es por la aplicación de la doctrina como un estándar coherente, no para rechazarlo completamente.

Finalmente, la cuestión concerniente a si la Corte Interamericana debería comenzar a usar la doctrina aún está pendiente. Personalmente, estoy de acuerdo en el hecho de que “las comparaciones entre lo que diferentes cortes de derechos humanos han decidido sobre derechos específicos son demasiado rápidas: no hay razón para asumir por anticipado que un tribunal constitucional nacional, tribunales supranacionales regionales y comités mundiales de derechos humanos deben alcanzar al mismo resultado en la interpretación de derechos específicos”.¹⁹⁴ Sin embargo, en el análisis de difamación se mostró que la Corte IDH podría usar la doctrina de una forma indirecta. Así, si este tribunal no quiere seguir el camino equivocado que la Corte Europea ha creado, es necesario enfrentar la situación y tomar una decisión motivada al respecto. En el caso hipotético, la Corte Interamericana consideraría que es adecuado dejar algún espacio de maniobra a los Estados contratantes para la implementación de cuestiones específicas relacionadas con la protección de los derechos humanos o que las autoridades nacionales están mejor posicionadas para evaluar ciertas circunstancias o evidencia; este Tribunal debería expresarlo explícitamente, presentar las motivaciones para esta decisión y crear un precedente consistente. De lo contrario, las cuestiones concernientes a la doctrina del margen de apreciación simplemente pasarían de una región a otra.

¹⁹⁴ G. Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, art. cit., p. 709.

VII. FUENTES

ARAI Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Intersentia, Amberes, 2002.

BERNHARDT, Rudolf, "The Convention and Domestic Law", en Ronald St. J. MACDONALD, Franz MATSCHER y Herbert PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 25-40.

BOSMBA, Heleen, *Freedom of Expression in England and Under the ECHR: In Search of a Common Ground*, Hart-Intersentia, School of Human Rights Research, vol. 6, Cambridge, 2000.

BUERGENTHAL, Thomas, "The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction", en Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European perspective, studies in memory de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-Munich, 2000, p. 12.

CHRISTOFFERSEN, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.

GREER, Steven, "What's Wrong with the European Convention on Human Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, núm. 3, agosto 2008, pp. 680-702.

DAVIDSON, Scott, "The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System", en David J. HARRIS y Stephen LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 213-288.

DELMAS-MARTY, Mireille, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres-Boston, 1992.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte, *Who Believes in Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

EVRIGENIS, Dimitrios "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 3, núm. 121, 1982.

FAÚNDEZ Ledesma, Héctor, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights, Institutional and Procedural Aspects*, 3a. ed., Inter-American Institute of Human Rights (IHR), San José, Costa Rica, 2008.

GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

LESTER, Anthony, "Freedom of Expression", en Ronald St. J. MACDONALD, Franz MATSCHER y Herbert PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 465-493.

LESTER, Lord, PANNICK David y Javan HERBERG (eds.), *Human Rights Law and Practice*, LexisNexis Butterworths, Londres, 2000.

LETSAS, George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, diciembre 2006, pp. 705-732.

LOUCAIDES, Loukis G., "Restrictions or Limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights", en Loukis G. LOUCAIDES, *Essays on the Developing Law on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1995, pp. 179-218.

MACDONALD, Ronald St. J., "The Margin of Appreciation", en Ronald St. J. MACDONALD, Franz MATSCHER y Herbert PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 83-124.

MACKAY of Clashfern, Lord, "The Margin of Appreciation and the Need to Balance", en Paul MAHONEY, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD (eds.), *Protecting*

Human Rights: the European perspective, Studies in Memory of Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, Munich, 2000, pp. 33-838.

MARSHALL, Jill, *Personal Freedom Through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-Pinzón, Diego y José A. GUEVARA (coomps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2006.

OBEY, Clarey y WHITE, Robin C. A., *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

PIETERSE, Marius, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-economic Rights", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, núm. 3, 2004, pp. 383-417.

STONE, Richard, *Civil Liberties and Human Rights*, 6a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, 2a. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2003.

YOUROW, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1996.

VILJANEN, Jukka, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*, Tampere University Press, Tampere, 2003.

En línea:

BARRIONUEVO, Alexei, "Argentina Approves Gay Marriage, in a First for Region", *The New York Times*, Americas 15 de julio de 2010. Disponible en:
http://www.nytimes.com/2010/07/16/world/americas/16argentina.html?_r=2&ref=same_sex_marriage

ROTHER, Larry, "Divorce Ties Chile in Knots", *The New York Times*, 30 de enero de 2005.
Disponible en:
<http://www.nytimes.com/2005/01/30/weekinreview/30rohter.html>

UPRIMNY Yeses, Rodrigo, "Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court", *Dejusticia*, 2006.
Disponible en:
https://cdn.dejusticia.org/wpcontent/uploads/2017/04/fi_name_recurso_67.pdf?x39172

TEDH

Caso *Handyside vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, núm. 5493/72.

Caso *The Sunday Times vs. Reino Unido*. Sentencia de 26 de abril de 1979.

Caso *Barthold vs. Alemania*. Sentencia de 25 de marzo de 1985.

Caso *Oberschlick vs. Austria*. Sentencia de 23 de mayo de 1991. Serie A, núm. 204.

Caso *Oberschlick vs. Austria*. Sentencia de 25 de junio de 1997, núm. 20834/92, ap. 2.

Caso *The Observer and Guardian vs. Reino Unido*. Sentencia de 26 de noviembre de 1991.

Caso *Castells vs. España*. Sentencia de 13 de abril de 1992.

Caso *Sürek y Özdemir vs. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999.

Caso *Otto-Preminger-Institut vs. Austria*. Sentencia de 20 de septiembre de 1994. Serie A, núm. 295-A.

Caso *Wingrove vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de noviembre de 1996, núm. 17419/90.

Caso *Lingens vs. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986. Serie A, núm. 103.

Caso *Müller y otros vs. Suiza*. Sentencia de 24 de mayo de 1988.

Caso *Thomas vs. Luxemburgo*. Sentencia de 29 de marzo de 2001, núm. 38432/92.

Caso *Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009.

Caso *Drozd y Janousek vs. Francia y España*. Sentencia de 26 de junio de 1992.

Caso *Amuur vs. Francia*. Sentencia de 25 de junio de 1996, ap. 19776/92.

Caso *Steel y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.

Caso *Baranowski vs. Polonia*. Sentencia de 28 de marzo de 2000, núm. 28358/1995, ap. 85.

Caso *Olsson vs. Suecia*. Sentencia de 24 de marzo de 1988. Serie A, núm. 130, ap. 10465/83.

Caso *Groppera Radio AG y Otros vs. Suiza*. Sentencia de 28 de marzo de 1990, núm. 10890/84.

Caso *Vogt vs. Alemania*. Sentencia 26 de septiembre de 1995. Serie A, núm. 323, ap. 17851/91.

Caso *Chorherr vs. Austria*. Sentencia de 25 de agosto de 1993. Serie A, núm. 266-B.

Caso *Lawless vs. Irlanda*. Sentencia de 14 de noviembre de 1960.

Caso *Klass y otros vs. Alemania*. Sentencia de 6 de septiembre de 1978, núm. 15473/1989.

Caso *Belgium linguistics vs. Bélgica*. Sentencia de 23 de julio de 1968.

Caso *Buckley vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de septiembre de 1996.

Caso *Dichand y otros vs. Austria*. Sentencia de 26 de febrero de 2002.

Caso *Incal vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 1998, ap. 54.

Caso *Janowski vs. Polonia*. Sentencia de 29 de enero de 1999, núm. 25716/94, ap. 30.

Caso *Worm vs. Austria*. Sentencia de 27 de enero de 1997.

Corte IDH

Caso *Olmedo-Bustos y otros vs. Chile (La última tentación de Cristo)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

Caso *Claude-Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de septiembre 19 de 2006. Serie C, núm. 151.

Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

Caso *Palamara-Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

Caso *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

Caso *Ivcher-Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.

Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 19 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.

Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.

Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68.

Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia de 27 febrero de, 2002. Serie C, núm. 92.

Caso *Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

Caso *de Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

Caso *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

“La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Uruguay. Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6.

Membresía Obligatoria en una asociación prescrita por la Ley para la Práctica del Periodismo (artículos 13 y 29 CADH). Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 36.

CIDH

Informe anual 2008. Capítulo IV, Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1, de 25 de febrero de 2009.

Informe Anual 1994. OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9 rev. 1, 17 de febrero de 1995.

Informe núm. 90/05. Caso 12.142. *Caso Alejandra Marcela Matus Acuña y otros*, (Fondo) Chile, 24 de octubre de 2005.

Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
OEA/Ser.L./V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009.

CE

Caso *Grecia vs. Reino Unido* (“*Chipre*”). Reporte de la Convención Europea, núm. 174-199, 1958-59, de 26 de septiembre de 1958.

Caso *Arrowsmith vs. Reino Unido*. Informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978, núm. 7050/1977, ap. 71.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2018 en los talleres de Impresores en Offset y Serigrafía, S.C. de R.L. de C.V., calle Pascual Orozco núm. 53, Colonia Barrio San Miguel, Alcaldía Iztacalco, C.P. 08650, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 gramos.