

MARGEN DE APRECIACIÓN **(TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)**

Dentro de los principios de interpretación empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca la llamada doctrina del margen de apreciación, la cual puede ser entendida, como un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales; en el entendido de que su ejercicio, se encuentra sujeta al control del Tribunal Europeo, y a su labor continua en la construcción de un “consenso europeo”.¹

El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del Convenio Europeo, se trata más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos.²

A través del margen de apreciación, se reitera el carácter subsidiario del mecanismo de protección instaurado por el Convenio Europeo, en relación a los sistemas de cada Estado Parte para garantizar los derechos del hombre. Lo anterior es así, porque las autoridades de los Estados se encuentran mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre la forma de aplicación

¹ González Vega, Javier A. *Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual*. Revista Española de Derecho, Núm. LVI -1, Enero 2004, pág. 178.

² Sagüés, Néstor P. *Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, 2003, pág. 219.

de la Convención; así como, sobre el contenido y en su caso la necesidad de restringir algún derecho.³

Para entender el margen de apreciación, hay que partir de que si bien el Sistema Europeo se basa en la búsqueda de un orden europeo común, la construcción del mismo debe partir de un respeto a las diversidades culturales, sociales y jurídicas; sin embargo, la falta de consenso y la efectiva protección de los derechos humanos, es lo que ha llevado al Tribunal Europeo a emplear el margen de apreciación.

Los casos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha empleado el margen de apreciación se pueden clasificar en tres:⁴

1. Tratándose de la ponderación de las circunstancias que ameritan decretar un estado de excepción –artículo 15 del Convenio- y, por lo tanto autoricen al Estado Parte a restringir el ejercicio de algunos derechos;⁵
2. Para limitar el ejercicio de los derechos contenidos en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio;⁶
3. Para determinar el contenido y alcance de ciertos derechos o aspectos de ellos.

Si bien, el margen de apreciación ha jugado un papel fundamental dentro de la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han

³ Handyside v. United Kingdom, Judgement of 7 December 1976, Series A No. 24 (1979-80) 1 EHRR 737, para. 48.

⁴ Benavides Casals, María Angélica. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Vol. 15, núm. 1, 2009, pág. 303.

⁵ Caso Irlanda vs. Gran Bretaña. Sentencia del 26 de mayo de 1993.

⁶ Caso Bladet Tromso y Stensaas Vs. Noruega. Sentencia del 20 de mayo de 1999.

surgido críticas en relación a su forma de aplicación, en el contexto particular de los artículos del Convenio Europeo, pues éste variara según las circunstancias fácticas, así como la naturaleza del derecho garantizado por la Convención, produciendo una ampliación o en su caso, una reducción del margen de apreciación con el que cuenta cada Estado.

El permitir un margen de apreciación estatal en la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos en el orden interno, implica un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional. Sin embargo, una aplicación irrestricta del margen de apreciación, supondría que un mismo derecho humano no tenga la misma extensión en todos los Estados Partes, sino distintas modalidades, lo cual afectaría la universalidad de ese derecho y conllevaría interpretaciones desigualitarias del mismo.⁷

El margen de discrecionalidad, no es idéntico en todos los casos, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien se encarga de modularlo tomando en cuenta varios factores. En este sentido, puede apreciarse que el Tribunal ha reducido el margen de apreciación estatal para interferir en el ámbito de los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo, en virtud de ser derechos fundamentales para garantizar el pluralismo en una sociedad democrática, por el contrario, en lo que se refiere a la libertad de conciencia y religiosa el Tribunal ha enfatizado en ciertos factores que amplían ese margen discrecional en la actuación estatal.⁸

Caso Sunday Times c. el Reino Unido. Sentencia dictada el 27 de octubre de 1978.

⁷ Sagües Néstor P. Op. Cit. Pág. 219

⁸ Solar Cayón, José Ignacio. *Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Localización: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho , ISSN 1138-9877, N°. 15,2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007).

El caso se origina por una demanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte, presentada por el editor, el redactor en jefe y un grupo de periodistas del semanario británico *The Sunday Times*.

➤ Antecedentes:

Entre 1958 y 1961, *Distillers Company* fabricó y comercializó bajo licencia del Reino Unido medicamentos que contenían “talidomida”, elemento que provocó malformaciones en los recién nacidos de madres que habían utilizado dicho medicamento durante la gravidez. Durante el transcurso de este tiempo, se registraron alrededor de 450 nacimientos de este género. En noviembre de 1961, *Distillers Company* retiró del mercado todos los medicamentos que contenían dicho elemento.

Posteriormente, numerosos padres entablaron acciones contra la empresa, al incurrir en negligencia en la producción, fabricación y comercialización de los medicamentos.

Desde 1967, aparecieron regularmente artículos de prensa sobre los niños víctimas de malformaciones en el *Sunday Times*; asimismo, se llevaron a cabo comentarios sobre el caso en otros periódicos y en la televisión. El 24 de septiembre de 1972, -aunque muchos de los juicios estaban en etapa de negociación- el *Sunday Times* publicó un artículo titulado “*Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame*”, en el que se examinaban las propuestas de arreglo todavía en estudio, estimándolas “grotescas en relación con los perjuicios sufridos”; criticaba diferentes aspectos del Derecho inglés sobre el otorgamiento y el cálculo de las indemnizaciones por los daños corporales, deploraba la demora transcurrida desde los nacimientos e invitaba a *Distillers* a presentar una oferta más generosa.

En una nota al pie de página de la publicación, se anunciaba un artículo futuro en el que se describiría cómo se había producido la tragedia, incluida una investigación para determinar si el laboratorio había efectuado las pruebas adecuadas del medicamento. El 17 de noviembre de 1972, la *Divisional Court* expidió, a requerimiento del *Attorney General*, un mandamiento prohibiendo la publicación de ese nuevo artículo, con motivo de que constituía un *contempt of court*. Posteriormente, el demandante apeló sin éxito. La orden finalmente fue revocada en 1976, después de llegarse a una solución que se aprobó en los tribunales. El artículo fue publicado cuatro días después.

El *contempt of court* es una figura prevista en el derecho anglosajón, y tiene como finalidad sancionar cualquier acto que pueda obstruir la administración de justicia. En el caso en concreto, se consideró la actualización de dicha figura, al estar una de las partes –*Distillers Company*– sometida a presiones que pudieran exponerla al peligro de no obtener justicia de los Tribunales, pues se consideró que *The Sunday Times* quería sin duda alguna, presionar sobre la opinión pública a fin de que *Distillers* presentase una oferta más generosa. En consecuencia, se trataba de una tentativa deliberada de influir sobre un acuerdo amistoso en un caso que se encontraba ante los Tribunales.

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió:
 - Se observó que el proceso de apelaciones se había basado en dos principios constantes: el principio de presión –el deliberado intento de incidir en un proceso- y el principio de prejuzgamiento –causar prejuicio público sobre cuestiones planteadas en un litigio pendiente-. La Corte consideró que no había dudas de que estos habían sido formulados con suficiente precisión para permitir que los demandantes previeran el grado de consecuencias que la publicación del borrador de artículo podría entrañar, concluyendo que la orden inhibitoria estaba prevista por ley.

Además, sostuvo que la expresión prevista por ley, implicaba al menos dos requisitos: primero, que la ley debía ser suficientemente accesible, en segundo lugar la ley debe estar formulada con precisión suficiente para permitir que el ciudadano regule su conducta.

- En cuanto a si la ley de desacato contra el Tribunal servía a un objetivo legítimo, los demandantes afirmaron que la ley estaba destinada a evitar la interferencia con el recurso a la justicia y a evitar el peligro del prejuicio, en virtud de lo anterior la Corte concluyó que la ley de desacato contra el Tribunal servía al objetivo legítimo de salvaguardar la autoridad e imparcialidad de la justicia.
- Por lo que se refiere a si la orden inhibitoria era necesaria en una sociedad democrática, la Corte concluyó que la interferencia no correspondía con una necesidad social suficientemente para contrarrestar el interés público de la libertad de expresión dentro del sentido de la Convención Europea. La Corte consideró que el efecto del artículo, de ser publicado, hubiera variado de un lector a otro. En consecuencia, era improbable que la publicación tuviera consecuencias adversas para la autoridad judicial, como se afirmaba. Asimismo, la Corte agregó que el desastre de la talidomida era materia de preocupación pública, pues las familias de numerosas víctimas de la tragedia, ignorantes de las dificultades jurídicas en las que se encontraban, tenían un interés fundamental en conocer cada uno de los hechos subyacentes, así como de las posibles soluciones que planteaba el caso. La Corte agregó que:

(...)

La catástrofe de la talidomida preocupaba, sin duda alguna, a la opinión pública. Planteaba el tema de saber si la poderosa compañía que había distribuido este producto farmacéutico había hecho frente a su responsabilidad,

tanto jurídica como moral, hacía centenares de personas que vivían una horrible tragedia personal o si las víctimas no podían exigir o esperar otra indemnización que la de toda la colectividad; planteaba cuestiones fundamentales de prevención y reparación de los daños resultantes de descubrimientos científicos y obligaba a considerar de forma especial los aspectos del Derecho vigente en esta materia.

El artículo 10, como ya ha señalado el Tribunal, garantiza no solamente la libertad de la prensa de informar al público, sino también el derecho de este último a recibir una información adecuada.

(...)

A decir verdad, si el artículo del Sunday Times hubiera aparecido a su tiempo, la Distillers hubiera podido sentirse obligada a desarrollar en público y antes de cualquier juicio sus argumentos sobre los hechos de la causa (párrafo 63), pero tales hechos no cesaron de salir a la opinión pública, ya que constituían el contexto de un proceso pendiente de fallo. Tratando de aclarar ciertos hechos, el artículo hubiera podido servir de freno a las controversias especulativas de personas mal informadas.⁹

➤ Opinión

El artículo 10 de la Convención Europea dispone la protección del derecho a la libertad de expresión; el cual ha sido estudiado por el Tribunal Europeo en

⁹ Caso *The Sunday Times* c. Reino Unido. Sentencia 26 de abril de 1979, Serie A, núm. 30, párr. 66.

diferentes sentencias;¹⁰ en el caso *The Sunday Times* c. el Reino Unido, existía una injerencia por parte del Estado para restringir su ejercicio, con el fin de salvaguardar la imparcialidad de la administración de justicia; sin embargo, el asunto implicaba un bien jurídico de mayor importancia, la salud de cientos de niños que nacieron con malformaciones, a consecuencia de la talidomida contenida en los medicamentos distribuidos por la empresa farmacéutica, la cual no había cumplido con todas las pruebas pertinentes para determinar los efectos secundarios de dicho elemento.

Es así, que aún cuando la restricción prevista en la legislación inglesa mediante la figura *contempt of court*, cumple con un fin legítimo, no resulta ser justificada, ante la necesidad de las familias afectadas de estar informadas sobre todos los hechos subyacentes en el caso; por lo que el margen de apreciación con el que cuenta el Estado para imponer límites al ejercicio de la libertad de expresión, se vio reducido ante el interés público de las víctimas de estar informadas.

En la sentencia de *Sunday Times*, el Tribunal Europeo concluye, que la libertad de expresión engloba tanto la libertad de comunicar como de recibir información, sin utilizar los términos “libertad de expresión” y “derecho a la información” en forma indistintas

Derivado de lo anterior, se confirma la importancia del derecho de libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática, y por lo tanto, sólo podrá restringirse de manera excepcional; sin que sea suficiente que la medida restrictiva responda a un fin legítimo, sino también deberá ser proporcional al bien jurídico que se busca proteger.

¹⁰ Basta mencionar, que el Tribunal Europeo definió las bases del margen de apreciación al resolver el Caso *Handyside*, en la sentencia de 7 de diciembre de 1976.

Caso Leyla Sahin c. Turquía. Sentencia dictada el 29 de junio de 2004.

El asunto tiene su origen en la demanda presentada contra la República de Turquía, por una ciudadana turca, la señora Leyla Sahin, el 21 de julio de 1998. Alegaba que la prohibición de llevar el velo islámico en los establecimientos de enseñanza superior constituía una violación de los derechos y libertades que enuncian los artículos 8, 9, 10 y 14 del Convenio, así como el artículo 2 del Protocolo núm. 1.

➤ Antecedentes

La demandante -quien practica la religión musulmana, llevando el velo islámico para respetar un precepto religioso- se encontraba realizando sus estudios de medicina en la Facultad de Medicina de la ciudad de Estambul. El 23 de febrero de 1998, el rector de la Universidad emitió una circular que impedía la admisión a estudiantes que portaran la cabeza cubierta (llevando el velo islámico), así como los estudiantes que tuvieran barba. Dicha circular fue emitida después de que la demandante estudiara en la citada institución por 4 años sin habersele prohibido usar el velo.

En razón de esta norma administrativa, la demandante no pudo ingresar a algunos de sus cursos debido a la falta de observancia de las reglas relativas a la manera de vestirse. Posteriormente, se inició un procedimiento disciplinario contra ella y, el 13 de abril de 1998 se le impuso una sanción, consistente en la expulsión de un semestre.

La demandante acudió a los distintos medios de impugnación disponibles en el ordenamiento jurídico interno, tanto en contra de la circular como de las diferentes medidas sancionatorias que le fueron impuestas, sin ningún éxito.

➤ Cuestiones analizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Se concluye, que a libertad de manifestar la religión podría restringirse por razones de orden público con el fin de preservar el principio de laicidad. En Turquía, donde la mayoría de la población es de confesión musulmana, el hecho de presentar el uso del velo islámico como una obligación religiosa supondría una discriminación entre las practicantes, las creyentes no practicantes y las no creyentes en función de su manera de vestirse, y significaría indudablemente que las personas que no lo llevaran estarían en contra de la religión o no tendrían religión. Asimismo, es importante señalar que los estudiantes deben poder trabajar y formarse juntos en un clima de serenidad, tolerancia y ayuda mutua, sin que el llevar signos de pertenencia de una religión se lo impida.
- Si bien, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una sociedad democrática, al analizar si la injerencia en el derecho de la demandante está prevista por la Ley, si persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática, se resolvió que la injerencia tenía una base legal en la legislación turca; siendo accesible y redactada con la precisión suficiente.¹¹

Igualmente la injerencia cumple con un fin legítimo, que es la protección de los derechos y libertades ajenas en una sociedad democrática, en la que coexisten muchas religiones en el seno de una misma población. Por lo que es necesario, asociar la libertad de manifestar la religión con limitaciones capaces de conciliar los intereses de los diversos grupos y, garantizar el respeto de las convicciones a cada uno, es así que el Estado puede limitar el uso del velo islámico, si perjudica los derechos y libertades ajenas, así como el orden y la seguridad pública.

¹¹ Caso Leyla Sahin c. Turquía. Sentencia 24 de junio de 2004. Párr. 84.

- Para apreciar la «necesidad» de la injerencia, hay que situarse en su contexto jurídico y social y examinarla a la luz de las circunstancias del caso. Teniendo en cuenta los principios aplicables a este caso, la obligación del Tribunal se limita a determinar si los motivos sobre los que se basa esta injerencia eran pertinentes y suficientes y si las medidas tomadas a nivel nacional eran proporcionadas a los fines perseguidos.

Importa, en primer lugar, observar que la injerencia litigiosa estaba basada en dos principios: la laicidad y la igualdad, que se refuerzan y se complementan mutuamente. La protección de los «derechos y libertades ajenos» y el «mantenimiento del orden público» en un país en el que la mayoría de la población, manifestando una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y a un modo de vida laico, pertenece a la religión musulmana. Una limitación en la materia puede por lo tanto ser considerada como una «necesidad social imperiosa» para alcanzar estos dos fines legítimos, tanto más cuanto que, como indican los tribunales turcos este símbolo religioso ha adquirido en Turquía en el curso de los últimos años un aspecto político.

- El Tribunal no pierde de vista que existen en Turquía movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas. A la vista del contexto descrito, es el principio de laicidad, tal y como lo interpreta el Tribunal Constitucional, la consideración primordial que ha motivado la prohibición del uso de distintivos religiosos en los universitarios. En tal contexto, en el que se enseñan y se aplican en la práctica los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y, en particular, la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley, se puede comprender que las autoridades competentes consideren contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso,

que las estudiantes de cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios. A fin de cuentas, como ya se ha subrayado está fuera de toda duda que el velo islámico estaba considerado incompatible con la Constitución por los tribunales turcos y que su uso estaba regulado dentro del recinto universitario desde hacía muchos años.

- Teniendo en cuenta todo lo que antecede y principalmente el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes, el Tribunal concluye que la reglamentación de la Universidad de Estambul que somete el uso del velo islámico a restricciones, y las medidas correspondientes a ellas, están justificadas en su principio y son proporcionadas a los fines perseguidos, y pueden por lo tanto ser consideradas «necesarias en una sociedad democrática».

➤ Opinión

La anterior sentencia del Tribunal Europeo amplía el margen de apreciación del Estado de Turquía al restringir el derecho de libertad religiosa –previsto en el artículo 9 del Convenio Europeo- con el fin de salvaguardar el principio de laicidad que lo ha caracterizado; sin embargo, en mi opinión no se contraponen el estado laico con la libertad religiosa. Por el contrario, un estado laico es condición necesaria para respetar la libertad de religión, pues garantiza un ambiente de tolerancia a toda creencia religiosa, lo cual es congruente con el pluralismo y apertura que caracterizan a una sociedad democrática.

Por otro lado, el análisis realizado por el Tribunal Europeo debería estar encaminado a armonizar los principios de laicidad, igualdad y libertad, sin embargo; justificándose en los antecedentes históricos de Turquía y en argumentos de carácter político, busca demostrar la necesidad de la restricción impuesta, sin que se lograra evidenciar mediante situaciones concretas, que el

uso del velo necesariamente está ligado a grupos religiosos fundamentalistas, ignorando el verdadero significado de dicha práctica.

Derivado de lo anterior, la sentencia del Tribunal tendrá como consecuencia, que el contenido del derecho sea distinto dependiendo del contexto de cada Estado Parte, lo que muchas veces generaría criterios opuestos al sistema democrático que se busca garantizar.

La labor del Tribunal Europeo en la construcción de una Teoría General de Derechos Humanos, debe encaminarse en poner énfasis en valores universales, pues de lo contrario estarían en peligro los esfuerzos de otros órganos internacionales de derechos humanos e incluso de los jueces nacionales, para establecer normas universales de derechos humanos y, en muchos casos se generaría mayores perjuicios al dejar que los Estados Partes sean los árbitros finales en la decisión de las medidas que se empleen para implementar los derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones.

Bibliografía:

BENAVIDES Casals, María Angélica. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Vol. 15, núm. 1, 2009.

GONZÁLEZ Vega, Javier A. *Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual*. Revista Española de Derecho, Núm. LVI -1, Enero 2004.

SAGÜÉS, Néstor P. *Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias*

en Latinoamérica. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, 2003.

SOLAR Cayón, José Ignacio. *Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Localización: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, N°. 15,2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007).