

EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Francisco R. BARBOSA DELGADO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El margen nacional de apreciación y su surgimiento en la discrecionalidad.* III. *El margen nacional de apreciación a través de la democracia y la existencia del Estado de derecho.* IV. *Consideraciones finales.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina del margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos humanos (en adelante tribunales regionales) con el fin de interpretar y aplicar la CADH y la CEDH. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal. Para su constatación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos debe establecerse la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática como elementos esenciales para aceptar la acción estatal en temas que atañen la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

En vista de lo señalado, el presente artículo pretende demostrar cómo el Estado de derecho y la sociedad democrática son elementos necesarios para la existencia del margen nacional de apreciación, como doctrina que tiene su sustento en el derecho nacional y la soberanía y cuya derivación llevó a los tribunales regionales de derechos humanos a buscar su aplicación.

II. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN Y SU SURGIMIENTO EN LA DISCRETIONALIDAD

La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado.

Arai Takahashi lo define, por su parte, como la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos.¹ Sobre este aspecto, Mahoney piensa que la doctrina puede ser vista como el resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención. Para el doctrinante, la doctrina sirve para tomar en cuenta cuestiones culturales y sociales en una sociedad dada.² Kastanas, por su parte, la define así:

Concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permiten a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH.³

Callewaert, a su turno, considera esta noción como aquella en la cual “se deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la CED”.⁴

¹ Arai Takahashi, Yutaka *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5a ed., Oxford, Intersentia, 2007, p. 2.

² Mahoney, Paul, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, núm. 1-2, 1990, vol. 11, p. 1.

³ Kastanas, Elias, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 16.

⁴ Callewaert, Johan, “La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme: la dimension substantielle”, en Verdussen (ed.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 52.

Con estas concepciones doctrinales es dable indicar que el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o “criterio”⁵ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de desarrollar la noción se tendrán en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional.⁶ Teniendo esto presente, las profesoras Delmas-Marty e Izorche indican que el margen conlleva al reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos.⁷ Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos partes: una de carácter interno y el otro de carácter externo.

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

⁵ Véase García Roca, Javier, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: entre soberanía e integración*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 377.

⁶ Los profesores Olinda y Picheral manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto el mismo, como los Estados pueden actuar. Véase Olinda, Alain-Didier y Picheral, Caroline, “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, núm. 24, 1995, p. 602.

⁷ Delmas-Marty, Mireille e Izorche, Marie-Laure, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste”, *Revue de Droit de Mc Gill*, núm. 46, 2001, p. 925.

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

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

1. *Origen de la discrecionalidad nacional*

El origen de la noción de margen de apreciación se ubica en el ámbito constitucional y administrativo. Esto tiene sentido por dos razones. La primera de carácter funcional, ya que en el Estado se estructuran ramas del poder público dentro de las cuales se incluye la función de “administrar justicia”. La segunda de carácter procedimental, en tanto que al momento de construir los sistemas internacionales de derechos humanos se tomaron en cuenta principios del derecho constitucional para su fundación y su desarrollo a través del derecho administrativo. En ese orden de ideas, la relación del derecho internacional frente al derecho interno ha implicado una correlación constante.⁸

Así, entonces, el ámbito constitucional ha utilizado la noción de margen de apreciación o margen de acción⁹ dentro de su doctrina, para explicar los niveles de interpretación que tienen las instancias del Estado frente a los derechos fundamentales. Los límites a esta figura se encuentran en el poder del Estado frente a circunstancias excepcionales como la guerra o emergencias de carácter interno. En estos casos, los límites de interpreta-

⁸ Un ejemplo de esta correlación se materializa en la inclusión de capítulos de derechos fundamentales dentro de las Constituciones de los Estados que coinciden con los derechos humanos que se incluyeron dentro de la CADH y la CEDH.

⁹ Expresión utilizada por Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ción del Estado se extienden, y la aplicación de los derechos puede llegar a limitarse.

Ante el anterior razonamiento, surge la pregunta sobre el origen y fundamento de los mencionados límites. Para abordar esta pregunta, es pertinente remitirse al derecho romano en el que se utilizó la institución de la dictadura¹⁰ para hacer frente a crisis institucionales y, por ende, reducir los márgenes de apreciación frente a los derechos de sus ciudadanos. Para justificar la acción limitatoria, Roma creó la figura de *razón de Estado* que se encuentra en la obra del jurista romano Tácito, quien la definió a partir de la noción de *arcana imperio* en la cual el Estado retiene la posibilidad de decidir sobre asuntos públicos, prescindiendo de la obligación de informar a sus habitantes. Luego la figura fue retomada por Maquiavelo, quien consideró que bajo la dictadura: “el dictador puede tomar las medidas que él juzgue buenas sin implicar la sujeción a la intervención consultativa o deliberativas de otra instancia, al tiempo que puede imponer sanciones que implican autoridad de cosa juzgada”.¹¹

El Estado constitucional moderno toma esa noción —*razón de Estado*— y la adapta a sus necesidades, al decir del jurista alemán Carl Schmitt, quien la explica a partir de dos nociones. La primera “*arcana imperio*”, y la segunda “*arcana dominationis*”. La primera es “la relación de fuerza existente de facto en tiempo normal”, mientras que la segunda “se refiere a la protección y a la defensa de aquellos cuyo poder está en peligro por eventos extraordinarios, rebeliones o revoluciones”.¹²

Con esta explicación se clarifica que los límites han tenido una relación directa con la maniobrabilidad del Estado para hacer frente a circunstancias excepcionales. Sobre el particular pueden mostrarse dos ejemplos, los casos colombiano y francés. En el primero se establece en el artículo 213 de la Constitución Política de 1991 la posibilidad de legislar de manera extraordinaria en casos de guerra, conmoción interna, emergencia econó-

¹⁰ Sobre este punto, el jurista alemán Schmitt señaló que: “[l]a dictadura es una sabia invención de la República Romana; el dictador es un magistrado romano extraordinario, que fue establecido luego de la expulsión de los reyes con el fin que exista un poder imperial durante los tiempos de peligro, para evitar problemas de entramiento legal como en la época de los cónsules en el cual existía para estos periodos el derecho al veto de los tribunos de la plebe y la del llamamiento al pueblo (*provocatio ad populum*)”. Schmitt, Carl, *La dictature*, París, Seuil, 2000, p. 23.

¹¹ Macchiavelli, Nicolas, *Le prince*, París, Union Générale d'Éditions, 1962, p. 26.

¹² *Ibidem*, p. 34.

mica y social o catástrofe ecológica de forma limitada.¹³ En el caso francés, esa facultad se colige del artículo 16 de la Constitución Política de 1958 que le permite al presidente de la República tomar medidas de la existencia de amenazas graves e inminentes contra el Estado.¹⁴ Estas consideraciones coinciden con los contenidos que se establecen dentro de la CADH —artículo 27— y la CEDH —artículo 15— en los cuales se plantean catálogos de derechos suspendibles ante la verificación de circunstancias excepcionales, lo que induce a una discusión sobre la limitación de los derechos tanto por el juez interno, como por parte del juez internacional que se denomina *margen de apreciación*.

En síntesis, la noción de margen de apreciación del juez nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los

¹³ El artículo 213 de la Constitución de la Colombia (1991) indica: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración de Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaración de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

¹⁴ El artículo 16 de la Constitución de 1958 de Francia indica: “Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L’Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels”.

derechos humanos.¹⁵ Sus límites se entrecruzan entre la noción de *razón de Estado* que le permite al Estado suspenderlos y restringirlos y, por otro lado, el control de esos límites por parte de las cortes regionales de derechos humanos que los racionalizan a través de interpretaciones extensivas de los derechos fundamentadas con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH, como en la CEDH.

2. Origen de la discrecionalidad internacional

La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el sistema europeo de derechos humanos surge a través de la interpretación del artículo 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público.¹⁶ Fue así como en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica en 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el Tribunal Europeo recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención”.¹⁷

Ulteriormente, se profirió el caso *Lawless* contra Irlanda,¹⁸ en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante Comisión Europea) indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en 1971 cuando el TEDH utilizó por primera vez la expresión “margen nacional de apreciación”, en el caso *De Wilde, Ooms et Versyp* contra Bélgica,¹⁹ en el cual indica que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no vulneró el artículo 8.2 de la CEDH toda vez que el Estado pudo tener

¹⁵ Debe notarse la paradoja existente en cuanto a la imbricación inextricable entre el derecho interno y el derecho internacional en lo atinente a los derechos humanos y las posturas disímiles asumidas por los jueces en cada jurisdicción en cuanto a la protección de los mismos. Es decir, que se coincide en su existencia, pero en muchos casos no en su alcance.

¹⁶ Véase Olinga y Picheral, *op. cit.*

¹⁷ TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10.

¹⁸ TEDH, caso *Lawless vs. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.

¹⁹ TEDH, sentencia del 10 de marzo de 1972.

razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del caso *Handyside* contra Reino Unido, en la cual por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Posteriormente, se profirió el caso *Irlanda* contra el Reino Unido, en el cual el TEDH señaló:

Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo... las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación.²⁰

A partir de esta última decisión, el TEDH continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación, no sólo atándola a las condiciones de suspensión general de los derechos colegidos del artículo 15 de la CEDH, sino en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los Estados frente a los derechos. En igual sentido, su uso se ha extendido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en donde, al decir del profesor Núñez Poblete,²¹ se ha advertido un importante trabajo jurisprudencial.

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, aunque la doctrina no ha sido nominada de forma específica, ha sido utilizada en menor grado que en el sistema europeo. En la CIDH se han destacado algunos informes de admisibilidad —citados en este libro por el profesor Núñez Poblete— como es el caso *Álvarez Giraldo, Sánchez Villalobos y Cháves Cambronero*. En los tres casos, la CIDH restringió el margen nacional de apreciación de los Estados y protegió el derecho de ciertas minorías con el argumento que no puede extenderse concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano. Fue así como en el caso *Ríos Montt* contra Guatemala²² se indicó que la doctrina debe ser analizada “conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el período histórico”.

²⁰ TEDH, caso *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia del 25 de enero de 1976.

²¹ Véase en este libro la aportación de Manuel Núñez Poblete.

²² CIDH, Informe núm. 30/93, caso núm. 18.804, *José Efraín Montt vs. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 31, citado en este libro por Núñez Poblete.

La Corte IDH, por su lado, no la ha definido expresamente, ni nominado puntualmente en sus fallos.²³ Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se observa que el tribunal ha hecho uso de los test de proporcionalidad, reconociendo un margen de apreciación del Estado. Es así como, por ejemplo, en el caso *Perozo vs. Venezuela*, en el cual el tribunal interamericano estableció la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la artículo 13 contentivo de la libertad de expresión, se reconoció el margen de apreciación del Estado, producto de los mismos límites establecidos en la CADH. En ese sentido, la Corte IDH indicó, citando previos precedentes, que:

La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, ‘es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática’.²⁴ No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones.²⁵

²³ Sobre este punto véase el pertinente estudio “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿Ausencia justificada?”, de la profesora Paola Andrea Acosta, en el cual se demuestra su inoperancia en los casos contra Colombia por el tipo de violaciones y el contexto en el que configuran. Este trabajo acompaña en su reflexión el trabajo del profesor Íñigo Salvador Crespo, “El Ecuador y la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, como el de los profesores José Sebastián Elías y Julio César Rivera, “La doctrina del margen nacional de apreciación nacional en el caso argentino”.

²⁴ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70. Ver también caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004; caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, y caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008.

²⁵ Corte IDH, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009 (excepciones preliminares, fondo y reparación) párr. 116; caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas), párr. 79.

Esta misma línea de pensamiento la estableció la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo contra Ecuador,²⁶ en cuanto a la libertad personal, indicando que las decisiones de restricción de libertad deben estar atadas a la aplicación del principio de proporcionalidad y racionalidad.

En igual sentido, en el caso Castañeda Guzmán contra México,²⁷ el tribunal interamericano reconoció la inexistencia de un modelo único electoral latinoamericano, permitiendo entender que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH.

En lo relativo a la utilización del recurso ordinario eficaz contemplado en el artículo 8.2 de la CADH, la Corte IDH en el caso Herrera Ulloa señaló: “Si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo”.²⁸

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

La existencia de esta doctrina no ha implicado que los tribunales regionales de derechos humanos impongan decisiones a través de una uniformidad ante cualquier problema jurídico. Podemos de forma más precisa indicar que la ausencia de consenso²⁹ entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual son temas en los cuales los tribunales regionales, especialmente el Europeo, han aplicado esa noción.

²⁶ Corte IDH, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 107.

²⁷ Corte IDH, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 162.

²⁸ Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 161.

²⁹ Sobre este tema véase Benavides Casals, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, núm. 15/1, Talca, 2009, pp. 295-310.

Esta falta de consenso conduce a una paradoja consistente en que por un lado se visualiza un argumento de confianza hacia el Estado en la medida en que éste puede hacer uso de su *imperium* para restringir o suspender un derecho; mientras que, en segundo término, se plantea un argumento de desconfianza en la medida en que los tribunales regionales protegen a través de un control estricto los derechos de los individuos.

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

III. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN A TRAVÉS DE LA DEMOCRACIA Y LA EXISTENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

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

1. *Existencia del Estado de derecho*

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la existencia del Estado es un requisito previo para el proceso de aceptación y firma de cualquier tratado. Es así como se entiende que quien se obliga al cumplimiento de las obligaciones que surgen de un tratado es el Estado por su calidad esencial. El preámbulo de la Convención de Viena de 1969 establece que los Estados son quienes se obligan a cumplirlos. Ahora bien, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, a la noción de Estado se le agrega la connotación de derecho, dotándolo de una noción de una unidad y coherencia de su sistema jurídico. Teniendo en cuenta lo anterior en este punto se desarrollan dos acápites: *1*) la nación, componente

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

A. El Estado: presupuesto fundamental de la coherencia del sistema jurídico

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

Del Estado hay múltiples visiones. Retendremos tres. Jean Gicquel y Jean-Eric Gicquel, por ejemplo, consideran que el Estado “está compuesto por un grupo humano, fijado en un determinado territorio y sobre el cual una autoridad política exclusiva se ejerce”.³⁰ Kelsen, por su parte, lo definió como “un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez espacial y temporal y sometido inmediatamente al derecho internacional y a la eficacia general”.³¹

Gellner, por su parte, nos da el referente teórico para abordar el concepto de Estado. Es así como retoma la definición de Weber en cuanto a que lo concibe como el agente que detenta el monopolio de la violencia legítima dentro de la sociedad. Para el autor, el Estado es la especialización y concentración del mantenimiento del orden. El Estado “es aquella institución o conjunto de instituciones específicamente relacionadas con la conserva-

³⁰ Gicquel, Jean y Gicquel, Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22a. ed., París, Montchestien, 2008, p. 54.

³¹ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 362.

ción del orden. El Estado existe allí donde existen agentes especializados en esa conservación, como la policía y los tribunales”.³²

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

Sobre la nación, los constitucionalistas se han dividido en torno al origen de su carácter e incluso a su origen; sin embargo, el gran debate ha versado sobre dos tesis: *i*) la objetiva y *ii*) la subjetiva. En cuanto a la primera, su origen tiene como autor a Fichte, quien consideró a la nación como una resultante de elementos objetivos, tales como la geografía, la lengua, la religión, la ideología y la raza. La subjetiva, planteada por Renan, tiene origen en elementos inmateriales como el espíritu de un pueblo, en la necesidad de vivir en comunidad.³³ En términos modernos la idea de nación implica que esa comunidad se vincule a través de la ciudadanía.³⁴

Benedict Anderson define la nación como “una comunidad políticamente imaginada como inherentemente limitada y soberana”.³⁵ Esta definición tiene mucho sentido en cuanto encierra dentro de ella una construcción de la comunidad alrededor de unas tradiciones que son definidas en el desarrollo social de cada uno de los pueblos. Al contextualizar la definición,

³² Gellner, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 16-17.

³³ Renan, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation?*, París, Pierre Bordas et fils, 1991.

³⁴ Braud, Philippe, *Sociologie Politique*, 9a. ed., París, L.G.D.J., 2008, p. 152.

³⁵ Sobre la expresión “imaginada”, Anderson recibió una fuerte crítica por parte del sociólogo Sydney Tarrow en su texto “El poder en movimiento, los movimientos sociales, la acción colectiva y la política”. En este texto manifiesta el autor que más allá de “imaginadas”, las comunidades deben ser “invisibles”, por cuanto a Anderson lo guía un fuerte estructuralismo “su evocativo término de comunidades imaginadas podría llevar a lectores inadvertidos a inferir que la imaginación creaba comunidades nacionales”. Véase Anderson, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 23 y 24.

Anderson señala que esta comunidad es imaginada porque “aún los miembros de la Nación más pequeña no conocerán jamás a la mayoría de sus compatriotas, no los verán ni oirán siquiera hablar de ellos”. Es limitada por cuanto tiene fronteras finitas, vale decir que más allá de sus límites se encuentran otras naciones. Allí se encuentra el concepto de soberanía que tiene una concepción dual: política y jurídica.

Este concepto de soberanía ha sido definido por la doctrina especializada como un elemento del Estado, consistente en que los Estados son entes territoriales que ejercen control en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos.³⁶ De la misma manera, Anderson concibe a la nación como una comunidad porque “independientemente de la desigualdad y la explotación, la nación se concibe siempre como un compañerismo profundo y horizontal”.³⁷ Si se mira con detenimiento la formulación de Anderson, se observa que su definición se enlaza con los elementos definatorios del Estado en cuanto al planteamiento de unos límites que definen el ámbito territorial del Estado y que permiten poseer un control soberano de una comunidad sobre otra.

Gellner se encuentra con lo planteado por Anderson, en cuanto indica que la comunidad es imaginada y construida. La única diferencia es la referencia sociológica de Gellner y cultural de Anderson. Así pues, Gellner da a entender que “existen comunidades verdaderas que pueden yuxtaponerse con ventaja a las naciones”.³⁸ Gellner en cuanto a la nación la define como el constructo de las convicciones, fidelidades y solidaridades de los hombres. Estas dos posiciones, la de Anderson concibiendo la nación como comunidad imaginada, y la de Gellner como un artefacto, un proceso de ingeniería social o una construcción, llevan a buscar una tesis intermedia. En consecuencia, la nación debe tomarse en su función subjetiva como construcción imaginada, en la cual se expresan identidades objetivas como el idioma, las creencias, etcétera.³⁹

En segundo lugar, el territorio como la nación es un elemento esencial del Estado. Consiste en los límites terrestres, aéreos y marítimos de un

³⁶ Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, p. 76.

³⁷ Anderson, Benedict, *op. cit.*, p. 25.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Este abordaje teórico fue desarrollado en otra de mis publicaciones. Véase Barbosa Delgado, Francisco, *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia, 1821-1853*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007, pp. 20-23.

territorio. Desde el punto de vista de su responsabilidad nacional o internacional, el Estado se obliga por lo que ocurra dentro de sus fronteras, es decir, dentro de su territorio. Los límites terrestres se determinan a través de dos figuras cuyo aporte se deriva del derecho internacional americano: el *uti possidetis juris*⁴⁰ y el *uti possidetis de facto*. Etimológicamente se define de este modo: “como poseéis, así poseáis”.⁴¹ Desde el punto de vista jurídico se define como la norma generalmente aceptada para la demarcación de las fronteras.⁴² Esto significa que cuando un Estado cambia de forma de gobierno o se libera de una ocupación, conserva el territorio que previamente tenía el ocupante. Este principio del derecho romano, según Jesús María Yepes, “significa que las nuevas repúblicas, por el hecho de poseer determinado territorio en el momento de la emancipación, tenían también el derecho de continuar en la posesión del mismo territorio”.⁴³ Mientras que el segundo se determina por la consecución de territorio a través de actos de fuerza, circunstancia existente durante el siglo XIX, momento en el cual se construyeron las repúblicas modernas. En cuanto a las fronteras marítimas se establece que el Estado controla su territorio dentro de las 200 millas náuticas desde la costa.⁴⁴

Por último, se destaca como última característica del Estado “la soberanía” que se constituye en el fundamento de su estructura. La discusión que se establece en su estudio tiene relación con su origen. En los momentos en los cuales existía la monarquía, la soberanía tenía un origen real. Esa postura, fue respaldada por el francés Jean Bodin, que concibió la soberanía

⁴⁰ Sobre este concepto consúltense las siguientes obras: Álvarez, Alejandro, *Le droit international américain*, París, Pédone, 1910, p. 65; Checa Drouet, *La doctrina americana del uti possidetis de 1810*, Lima, Gil, 1936, p. 39; y Yepes, Jesús María, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*, Caracas, Academia Nacional de Historia Venezolana, 1955, p. 167.

⁴¹ Alvarado Garaicoa, Teodoro, *Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano*, Quito, Cervantes, 1951, pp. 252-253.

⁴² Desde el punto de vista de la codificación internacional este principio se incluyó en el artículo 7 del Tratado de Lima de 1848. La norma señaló: “Las repúblicas confederadas declaran tener un derecho perfecto a la conservación de los límites de sus territorios según existían al tiempo de la independencia de la España, los de los respectivos Virreinos, Capitanías Generales, o presidencias en que estaba dividida la América Española...”.

⁴³ Yepes, Jesús María, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁴ Véase Eisemann, Pierre Michel *et al.*, *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003.

como la *summa potestas*, es decir, la suprema autoridad dentro del reino.⁴⁵ Con este aporte, se establece la soberanía como un elemento del Estado absoluto que fue reformulado al momento de la revolución y de la construcción de la República. Esa mutación hace que el origen de esa soberanía no sea el rey, sino el pueblo, sobre el cual se fundan las instituciones.

En el caso de América Latina⁴⁶ esta noción de soberanía fue defendida con ahínco por el jurista chileno Alejandro Álvarez y el jurista colombiano Jesús María Yepes, que animaron la construcción del panamericanismo durante finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX. Debe indicarse que la defensa de la soberanía se planteó a través de la construcción del principio de “no intervención”. Según Yepes, este principio consiste en “la prohibición de la intervención de un Estado en los asuntos del otro, que es una de las piedras angulares del derecho de gentes en América”.⁴⁷ Así entonces, la soberanía como elemento del Estado se vinculó en América Latina al principio de “no intervención” que posteriormente fue codificado por la Organización de las Naciones Unidas a través del artículo 2.4 de la Carta.⁴⁸

Así pues, el Estado de derecho es una condición necesaria para la existencia de un margen nacional de apreciación. Ese Estado, como se explicó en este acápite, debe contener los elementos materiales del territorio y soberanía y debe concebir el carácter nacional desde el punto de vista subjetivo. En aras de lo expuesto, solamente ante la concurrencia de los elementos establecidos dentro del Estado, podría entenderse que una decisión estatal se encuentre conforme a los tratados regionales de derechos humanos y a la jurisprudencia emanada por esas cortes regionales.

⁴⁵ Touchard, Jean, *Histoire des idées politiques*, París, PUF, 2006, t. I.

⁴⁶ Sobre la noción “América Latina”, véase el prólogo del libro de Arciniegas, Germán, *El continente de siete colores*, Bogotá, Taurus, 2004.

⁴⁷ Yepes, Jesús María, *Le Panaméricanisme (au point de vue historique, juridique et politique)*, París, Les éditions internationales, 1936, pp. 136-137.

⁴⁸ El art. 2.4. indica: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945.

B. *La justicia: componente del Estado de derecho y del margen nacional de apreciación*

La estructuración de un Estado implica la existencia un sistema armónico de normas y de competencias que permita evidenciar su institucionalidad. Por ello, la justicia emanada de ese sistema ordenado y armónico juega un rol importante en la construcción de un margen nacional de apreciación. La justicia, como ocurrió en el caso del Estado, es parte de un debate poco pacífico en la doctrina. En principio, la justicia es el resultado de la correcta existencia de un orden general que debe propender por el respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos.

La justicia⁴⁹ es una condición determinante para definir el Estado y la nación en los términos de los teóricos citados; su categoría de poder público hace que sea parte del engranaje de la tridivisión de los poderes. Su relación con la nación permite la inclusión del ciudadano dentro de un proyecto común que se presenta a través de múltiples tópicos, destacándose los de la igualdad, libertad y solidaridad que se materializan en unos acuerdos entre los individuos quienes conforman una suerte de organización homogénea.

Ulpiano dijo: “Justicia es darle a cada uno lo suyo”; Cicerón la definió como el “hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad”;⁵⁰ Santo Tomás de Aquino como “el hábito, según el cual, con constante y perpetua voluntad se da a cada cual su derecho”.⁵¹ Estas acepciones delimitan la justicia en sentido subjetivo, es decir, aquella que está determinada hacia un ser humano. La justicia en sentido objetivo, de otra parte, es la proporcionalidad de los actos humanos entre los sujetos. La justicia subjetiva descansa en la objetiva. Esta división ha sido la más fortalecida en los textos jurídicos. En su *Teoría general de la política*, Bobbio, al mostrar la relación entre la justicia y el orden, señaló, que de Platón en adelante, “la justicia como virtud es la que preside la constitución de una totalidad compuesta de partes, y, cuanto tal, permite a las partes estar juntas, compartir, no disolverse y regresar al caos primigenio,

⁴⁹ El análisis que se realizará sobre la justicia fue tomado de uno de mis libros. Véase Barbosa Delgado, Francisco, *op. cit.*, pp. 30-32.

⁵⁰ Cicerón, “República”, trad. de Antonio Pérez García, Madrid, Imprenta de Repulles, 1848.

⁵¹ Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, Madrid, Espasa Calpe, 2002, II-II, c, p. 58.

y, en consecuencia, constituir un orden”. La justicia como virtud está estrechamente relacionada con el valor de la concordia.⁵² Kant y Radbruch consideraron que la igualdad era la justicia. Este último autor indicó que la justicia (igualdad), finalidad y seguridad jurídica son “tres facetas de la idea del derecho”, que dominan al derecho en todos sus aspectos y cuyas contradicciones no pueden ser entendidas como antinómicas sino como “un conflicto de la justicia con ella misma”.⁵³

Así pues, el principio de igualdad significa que lo igual debe ser tratado en forma igual o bien desigual, análogamente, en forma desigual. Igualdad es abstracción de desigualdad.⁵⁴ Este valor jurídico fue dividido por Aristóteles en la justicia conmutativa y la distributiva. La primera regula las relaciones entre las distintas personas. El principio fundamental debe ser el de igualdad de las prestaciones recíprocas.⁵⁵ Es la justicia de los desiguales por naturaleza. De otro lado, la justicia distributiva tiene que ver con la distribución de beneficios que el Estado tiene para con los particulares. En esencia es la proporcionalidad la que caracteriza este tipo de justicia. Al decir de Kaufmann, es la forma primigenia de justicia, pues la justicia conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva; por ejemplo, la concesión de un determinado estatus.⁵⁶ Es la igualdad proporcional en el trato de personas; en el reparto de derechos y deberes; en el principio del *sum cuique tribuere*.

La justicia legal establecida por Santo Tomás plantea la obligación de los sujetos miembros de una sociedad como parte de la misma para procurar el bien común. Adicionalmente, como recuerda Bobbio, Aristóteles escribió que lo justo tiene dos sentidos.⁵⁷ Uno de éstos es conforme a derecho o legal, en tanto que injusto significa no apegado a la ley o ilegal.

Ahora bien, en cuanto a la administración de justicia, Rawls señala:

Las acciones que las normas legales exigen y prohíben han de ser de tal clase que puede esperarse razonablemente que los hombres las cumplan y eviten. Un

⁵² Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 344 y 345.

⁵³ Barbosa, Francisco *et al.*, *Ética pública: cómo promover una cultura de legalidad. Manual para funcionarios capacitadores y facilitadores comunitarios*, Bogotá, Conciencia, 2004, p. 26.

⁵⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁵ Noguera Laborde, Rodrigo, *Introducción general al derecho*, Universidad Sergio Arboleda, 1996, vol. I, p. 134.

⁵⁶ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 297.

⁵⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 333-346.

sistema dirigido a personas racionales para organizar su conducta, enfoca lo que pueden y no pueden hacer. Este sistema no debe imponer un deber de hacer lo que no puede hacerse. En segundo lugar, la noción de que deber implica poder, supone la idea de que aquellos que promulgan las leyes y dan órdenes lo hacen de buena fe. Los jueces, los legisladores y otros funcionarios públicos del sistema deben creer que las leyes pueden ser obedecidas; y han de creer también que cualesquiera órdenes dadas pueden ser cumplidas.⁵⁸

En igual sentido señaló:

El imperio de la ley implica también el precepto de que casos similares han de tratarse de forma similar... debe darse cumplimiento al precepto *nullum pena sine lege*, es decir, que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, que su significado sea claramente expuesto, que las leyes sean generales, tanto en su declaración, como en su disposición y que no sean usadas para dañar a individuos particulares.⁵⁹

En síntesis, el Estado a través de sus jueces debe aplicar adecuadamente la justicia para efecto que su margen de apreciación en torno a los derechos humanos se encuentre conforme a los estándares internacionales. En caso contrario, la inacción —impunidad— o la inaplicación inadecuada de la justicia frente a los ciudadanos conllevaría a la reactivación de los mecanismos internacionales de derechos humanos, configurándose un desplazamiento de la función de decisión judicial.

C. *Existencia de una sociedad democrática: condición necesaria del margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos*

Antes de abordar la noción de “sociedad democrática” debe intentarse una definición de democracia. En ese sentido el Informe *Democracia en América Latina* realizado por el PNUD de la Organización de Naciones Unidas la definió como:

El resultado de una intensa y denodada experiencia social e histórica que se construye día a día en las realizaciones y frustraciones, acciones y omisiones, quehaceres, intercambios y aspiraciones de los ciudadanos, grupos sociales y

⁵⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 224.

comunidades que luchan por sus derechos y edifican de forma incesante su vida en común. La democracia implica una forma de concebir al ser humano y garantizar los derechos individuales. En consecuencia, ella contiene un conjunto de principios, reglas e instituciones que organizan las relaciones sociales, los procedimientos para elegir gobiernos y los mecanismos para controlar su ejercicio.⁶⁰

En el ámbito de esa democracia se instala la sociedad que debe ser partícipe de esos valores democráticos, entre los que se destacan, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto. Para Lefort este tipo de sociedad es aquella que “se adapta a una sociedad diferenciada y conflictiva que permite las condiciones de una competencia pacífica entre los grupos pretendiendo el ejercicio del poder”.⁶¹

La expresión “sociedad” se define como un conjunto de personas que buscan un fin general o particular. Su examen en cuanto al derecho público ha sido producto de múltiples tesis que oponen o yuxtaponen la sociedad con el Estado. Estas tesis⁶² no plantean la posibilidad de entender que más allá de establecer la relación entre el Estado y la sociedad como fusional o separatista, debe articularse un diálogo entre ese Estado como elemento jurídico esencial y la sociedad, componente del Estado en sus variantes de nación y de población. Para contrarrestar estas posturas teóricas, la forma de establecer el diálogo entre la sociedad y el Estado, se da a través de la democracia, cuya existencia depende de su aceptación dentro del Estado, lo que de suyo hace que a éste se le atribuya el carácter de Estado de derecho.

En cuanto a la democracia, ésta debe desarrollarse en un sentido formalista o instrumental y sistémico. A esto debe agregarse la condición sociológica agregada por la TEDH y Corte IDH, en la cual se indica que la sociedad democrática para existir debe poseer el pluralismo, la tolerancia y

⁶⁰ Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo, Alfaguara, 2004, p. 53.

⁶¹ Lefort, Claude, “¿Renaissance de la démocratie?”, *Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 52, 1990, p. 8.

⁶² Véase Andriantsimbazovina, Joël, “L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme”, en Cohen-Jonathan, Gérard, *Libertés, justice, tolerance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, Bruxelles Bruylant, 2004, vol. I, pp. 57-78.

el espíritu abierto.⁶³ De forma categórica, el TEDH señaló que: “La notion de société démocratique... domine la Convention toute entière”.⁶⁴

En cuanto al primer tipo de democracia debe indicarse que su preocupación radica sobre los aspectos jurídicos y formales. Su objetivo no es otro que sobrevalorar los procedimientos formales de elección, sin tomar en cuenta los aspectos metademocráticos que se sobreponen al simple mecanismo ciudadano de depositar un sufragio en las urnas durante un periodo electoral. Es lo que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha denominado *democracia electoral*.⁶⁵ En ese camino se encuentra el estudio de Pactet y Melin-Soucramanien, quienes limitan la democracia a una regla formal cuyos componentes son el pluralismo y el principio de las mayorías.⁶⁶ Esta forma de la democracia es protegida a través del artículo 3o. del protocolo 1 de la CEDH, como en el artículo 23 de la CADH.

La segunda, por su parte, plantea un concienzudo análisis de la democracia desde el punto de vista material, es decir, no sólo sus mecanismos de funcionamiento, sino su concretización práctica. Esta forma de entender la democracia, ha sido respaldada por los profesores Jurgen Habermas, Bjarne Melvevik y Pierre Rosanvallon, quienes coinciden en sus reflexiones sobre la democracia, ubicándose en la postura sistémica de la democracia. Para el primero, el proceso democrático implica que los ciudadanos participen de forma activa en la elaboración de las normas sociales, constituyéndose en autores racionales de esas normas, es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa.⁶⁷ Melvevik considera la democracia como el lugar en donde nos afirmamos recíprocamente como autores de nuestros derechos y, sobre todo, donde realizamos democráticamente el proyecto de un *nosotros jurídico*.⁶⁸ Por último, Rosanvallon considera que la democracia no debe limitarse a la verificación de un procedimiento formal elecciona-

⁶³ TEDH, caso *Handyside vs. Royaume-Uni*, sentencia del 7 de diciembre 1976, párr. 49.

⁶⁴ TEDH, caso *Lingens vs. Autriche*, sentencia del 8 julio de 1986 párr. 42.

⁶⁵ Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2004, p. 54.

⁶⁶ Pactet, Pierre y Mélin-Soucramanien, Ferdinand, *Droit Constitutionnel*, 27a. ed., París, Dalloz, 2008, pp. 84 y 85.

⁶⁷ García Amado, Juan Antonio, *Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 19.

⁶⁸ Melvevik, Bjarne, *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 121.

rio; por el contrario, considera que para que la democracia sea integral debe existir una democracia de la apropiación en la cual se distinguen dos aspectos: i) una política ciudadana de la desconfianza que contrasta con la confianza propia del ejercicio electoral y permite la construcción de una sociedad civil que controle el ejercicio del poder, y ii) el funcionamiento de los organismos de democracia indirecta, tales como las cortes constitucionales, autoridades independientes de regulación, entre otras.⁶⁹

Desde la teoría del derecho, Kelsen indicó que a la democracia no era posible concebirla sin la existencia de la libertad y la igualdad, para el jurista alemán “las teorías de extrema derecha o marxista no pueden ser consideradas como democráticas”.⁷⁰ Esta postura explica muy bien cómo dentro del campo de los derechos humanos es imprescindible la democracia y cómo factores intrínsecos de la misma, como la libertad o la igualdad, coinciden con la arquitectura teórica de los derechos humanos. Por su parte, Loewenstein acuñó la expresión “democracia constitucional” indicando que esta:

Depende de la existencia o carencia de las instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder.⁷¹

Desde el derecho internacional de los derechos humanos que permite su variante sociológica, Veronique Fabre-Alibert⁷² indica que la sociedad democrática ha sido entendida como un conjunto de tres elementos esenciales: pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto.⁷³ El primero es definido por la autora como aquel que: “Supone que sean tomados en cuenta las diferentes tendencias y corrientes de ideas en una sociedad políticamente dada”. Para la profesora Cassenove: “La idea de pluralismo gobierna la estructuración del orden jurídico europeo de los derechos humanos. El orden

⁶⁹ Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 347-350.

⁷⁰ Kelsen, Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, París, Economica, 1988, pp. 16 y ss.

⁷¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 149.

⁷² Fabre-Alibert, Véronique, “La notion de ‘société démocratique’ dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 35, 1998, pp. 465-496.

⁷³ La Corte EDH consideró “... qu’il n’y a pas de démocratie sans pluralisme”. Véase caso *Parti communiste unifié de Turquie vs. Turquie*, 30 de enero de 1998, p. 43.

jurídico europeo es en efecto un orden plural que permite la singularidad de órdenes estatales”.⁷⁴ Estas posturas se respaldan con algunas decisiones de la Corte EDH que diversifican ese pluralismo al plano educativo, religioso, sindical, electoral, sexual, es decir, el espacio de acción en una sociedad en el cual no solamente deben respetarse el derecho de las mayorías, sino también el de las minorías.

Al segundo elemento Fabre-Alibert lo define como “la línea de conducta que consiste en dejar vivir a otra persona conforme a los principios, a los cuales uno no adhiere”.⁷⁵ Esta definición de tolerancia se articula con la pluralidad, permitiendo que dentro del universalismo de los derechos consagrados en las convenciones regionales sobre derechos humanos se permita la posibilidad de explicar las voces disonantes que existen, respetando las limitaciones intrínsecas y extrínsecas en el margen nacional de apreciación. La tercera condición para la existencia de la sociedad democrática es el espíritu abierto, es decir, la actitud de aceptación que debe existir en una sociedad democrática. Para el TEDH el espíritu abierto es otro elemento principal dentro de la democracia, categoría que reafirma las posturas liberales que deben existir en el TEDH, sin caer en ningún tipo de fundamentalismo ideológico o religioso.

Las decisiones de los tribunales regionales de derechos humanos, al mismo tiempo no sólo observan las medidas y las confrontan con la existencia de una sociedad democrática, sino que las decisiones judiciales son en sí mismas democráticas, teniendo en cuenta que la acción judicial internacional deviene de la voluntad estatal de firmar y ratificar los convenios respectivos, reconociendo voluntariamente las competencias de los tribunales regionales. Esta acción descarta el llamado *gobierno de jueces*⁷⁶ dentro del ámbito internacional.

En síntesis, los tribunales regionales de derechos humanos y la doctrina especializada han entendido a la democracia como una elaboración sistémica que comporta aspectos formales y materiales. Esto quiere decir que “las elecciones libres no son por ellas mismas insuficientes y, por ende, no garan-

⁷⁴ Casenove, Emmanuelle, *Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, Thèse pour le Doctorat de l'Université de Paris II, 1994, p. 338.

⁷⁵ Fabre-Alibert, Véronique, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁶ Sobre este punto véase Troper, Michel, “Le pouvoir judiciaire et la démocratie”, en Cohen-Jonathan, Gérard, *Libertés, justice, tolerance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1571-1586.

tizan *per se* los derechos humanos”,⁷⁷ sino que es necesario que exista una democracia material en la cual el pluralismo y la tolerancia sean la regla y no la excepción. En sus preámbulos, tanto del CEDH⁷⁸ como de la CADH,⁷⁹ se exige la existencia de la democracia como elemento esencial para pertenecer a los sistemas de protección de los derechos humanos. En ella los “sistemas regionales encuentran el fundamento de su existencia en el marco de la organización democrática”.⁸⁰ La democracia es entendida, entonces, como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y *la libre discusión*,⁸¹ como factor esencial de legitimidad. Sin ella, los Estados no tendrían un margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se explicó a lo largo de este trabajo, la doctrina del margen nacional de apreciación se constituye en un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar las convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales

⁷⁷ Van Boven, Théo, “Démocratie, Droits de l’Homme et Solidarité”, *Démocratie et droits de l’homme*, Strasbourg, Editions N.P. Engel, 1990, p. 127.

⁷⁸ En el preámbulo de la CEDH se lee: “Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte en un régimen político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes a los derechos humanos de los cuales dependen”.

⁷⁹ En el preámbulo de la CADH se lee: “Consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. CADH de 22 de noviembre de 1969, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>.

⁸⁰ Gros Espiell, Héctor, “La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l’Homme. Situation actuelle et perspectives d’avenir”, en Pettiti, Louis, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 441.

⁸¹ Véase Wachsmann, Patrick, “Participation, communication, pluralisme”, *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, *AJDA*, núm. especial, 1998, p. 166.

regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal o, como señala el profesor Núñez Poblete, existe un caso de difícil solución.⁸²

Esta doctrina ha permitido entender y abordar la falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos, especialmente en el caso europeo. Empero, la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Sin embargo, como queda evidenciado en el presente artículo, ese poder de deferencia tiene como condición esencial la existencia de un Estado de derecho y la constatación de una sociedad democrática a través de sus componentes: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto. Estas dos condiciones deben ensamblarse con el principio de que los Estados deben respetar los límites impuestos por el CEDH y la CADH y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales regionales, so pena de perder su capacidad de determinación y alcance de los derechos humanos en su territorio.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Doctrina*

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

———, “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿Ausencia justificada?”, 2012, en este mismo volumen.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVAREZ, Alejandro, *Le droit International américain*, París, Pédone, 1910.

ALVARADO GARAICOA, Teodoro, *Sinopsis del derecho territorial Ecuatoriano*, Quito, Cervantes, 1951.

⁸² Véase la aportación en este libro de Manuel Núñez Poblete.

- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, “L’Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’Homme”, en COHEN-JONATHAN, Gérard, *Libertés, justice, tolerance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, Bruxelles Bruylant, 2004, vol. I.
- *et al.*, *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, PUF, 2008.
- ANDERSON, Benedict, *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Teológica*, Madrid, Espasa Calpe, 2002.
- ARAI, Yutaka *et al.*, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 5a ed., Oxford, Intersentia, 2007.
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ARCINIEGAS, Germán, *El continente de siete colores*, Bogotá, Taurus, 2004.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, *Litigio Interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002.
- *et al.*, *Ética pública: cómo promover una cultura de legalidad. Manual para funcionarios capacitadores y facilitadores comunitarios*, Bogotá, Conciencia, 2004.
- , *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia, 1821-1853*, Bogotá, Editorial Universidad Javeriana, 2007.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, núm. 15/1, Talca, 2009, pp. 295-.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003.
- VAN BOVEN, Théo, “Démocratie, Droits de l’Homme et Solidarité”, *Démocratie et droits de l’homme*, Strasbourg, Editions N.P. Engel, 1990, p. 127.
- BRAUD, Philippe, *Sociologie Politique*, 9a edición, París, L.G.D.J, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CALLEWAERT, Johan, “La subsidiarité dans l’Europe des droits de l’homme: la dimension substantielle”, en VERDUSSEN (ed.), *L’Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- CASENOVE, Emmanuelle, *Ordre juridique et démocratie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, París, Thèse pour le Doctorat de l’Université de París II, 1994.

- CHECA Drouet, Benigno, *La doctrina americana del uti possidetis de 1810*, Lima, Gil, 1936.
- CICERÓN, *República*, trad. de Antonio Pérez García, Madrid, Imprenta de Repulles, 1848.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, “Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l’Homme”, en Mahoney, Paul *et al.* (eds.), *Protection des droits de l’Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 2005, pp. 245-263.
- COUFFIGNAL, Georges, *Réinventer la démocratie. Le défi latino-américain*, Paris, Presse de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1992.
- CRESPO, Íñigo Salvador, “El Ecuador y la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en el presente volumen.
- DAHL, Robert, *On democracy*, Londres, Yale University Press, 1998.
- DECAUX, Emmanuel, “Crise de l’Etat de droit, droit de l’État de crise”, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- DELMAS-MARTY, Mireille e Izorche, Marie-Laure, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste”, *Revue de droit de McGill*, núm. 46, 2001.
- VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- DUFFY, Peter, “Note on Article 15 of the European Convention on Human Rights”, en PREMONT, Daniel *et al.* (eds.), *Droits intangibles et états d’exception. Non-derogable rights and states of emergency*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 203-211.
- EISEMANN, Pierre Michel *et al.*, *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003.
- ELIAS, José Sebastián y Rivera, Julio Cesar, “La doctrina del margen nacional de apreciación nacional en el caso argentino”, en el presente volumen.
- FABRE-ALIBERT, Véronique, “La notion de ‘société démocratique’ dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 35, 1998.
- FENET, Alain, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Paris, Schulte-Tenkhoff, 2002.
- FIALAIRE, Jacques y Mondielli, Eric, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, 2005.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- GAUCHET, Marcel, *La révolution moderne*, Paris, Éditions Gallimard, 2007.
- GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- GICQUEL, Jean y Gicquel, Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22a ed., París, Montchrestien, 2008.
- GIUSTI, Miguel, “Las críticas culturalistas de los derechos humanos”, en GIUSTI, Miguel y CORTÉS, Francisco (eds.), *Justicia Global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- GROS ESPIELL, Héctor, “La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l’Homme. Situation actuelle et perspectives d’avenir”, en Pettiti, Louis, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- HENNEBEL, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l’homme: Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- JAFFRELOT, Christophe, “Comment expliquer la démocratie hors d’Occident?”, en JAFFRELOT (ed.), *Démocraties d’ailleurs*, Paris, Karthala, 2000, pp. 5-57.
- KASTANAS, Elias, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- , *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988.
- LE MIRE, Pierre, “Article 17”, en Pettiti et al. (Dir.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.
- LEFORT, Claude, *L’invention démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981.
- , “¿Renaissance de la démocratie?”, *Pouvoirs: revue française d’études constitutionnelles et politiques*, núm. 52, 1990.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.
- MACHIAVELLI, Nicolas, *Le prince*, Paris, Union Générale d’Éditions, 1962.
- MALWE, Claire, “La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l’Homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, núm. 78/2009, 2009, <http://www.rtdh.eu>.

- MAHONEY, Paul, “Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin”, *Human Rights Law Journal*, núm. 1-2, 1990, vol. 11, pp. 57-88.
- MANENT, Pierre, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, París, Fayard, 1993.
- MARGUENAUD, Jean, *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Dalloz, 2002.
- MELVEVIK, Bjarne, *Rawls o Habermas. Un debate de Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l’homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-Marseille, Presses Universitaires, 2005, t. I-II.
- NICOLAU, Gilda, “Minorités et peuples autochtones”, en Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l’homme*, París, PUF, 2008.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo, *Introducción general al Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, 1996, vol. I.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. Ensayo introductorio”, en este volumen.
- OLINDA, Alain-Didier y PICHERAL, Caroline, “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, núm. 24, 1995.
- PACTET, Pierre y MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Droit Constitutionnel*, 27a. ed., París, Dalloz, 2008.
- PINHEIRO FARINHA, João de Deus, “L’article 15 de la Convention”, en MATSCHER y PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights : the European dimension. Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.
- POPPER, Karl, *La société ouverte*, París, Seuil, 1976.
- RAJAGOPAL, Blakrishnan, *El derecho internacional visto desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, Bogotá, ILSA, 2005.
- RAMÍREZ Cleves, Gonzalo, *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- REMIRO BROTONS, Antonio et al., *Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997.
- RENAN, Ernest, *Qu’est-ce qu’une nation?*, París, Pierre Bordas et fils, 1991.
- RENUCCI, Jean-François, *Traité de Droit européen de Droits de l’homme*, París, L.G.D.J., 2007.

- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- ROSANVALLON, Pierre, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, París, Seuil, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, París, Nathan, 2004.
- SCHMITT, Carl, *La dictature*, París, Seuil, 2000.
- SUDRE, Frédéric *et al.*, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5a ed., París, PUF, 2009.
- TARROW, Sidney, *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- TAVERNIER, Paul, “Quelques réflexions sur la protection des minorités par la Cour européenne des droits de l'homme”, en LAMBLIN, A. y MONDIELLI, E. (eds.), *Un droit pour des Hommes libres: Études en l'honneur du professeur Alain Fénét*, París, Litec, 2008, pp. 253-261.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Flammarion, 2008.
- TOUCHARD, Jean, *Histoire des idées politiques*, t. I, París, PUF, 2006.
- TOURAINÉ, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie?*, París, Fayard, 1994.
- TIGROUDJA, Hélène y Panoussis, Ioannis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- TROPER, Michel, “Le pouvoir judiciaire et la démocratie”, en Cohen-Jonathan, Gérard, *Libertés, justice, tolérance. Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II.
- WACHSMANN, Patrick, “Participation, communication, pluralisme”, *Le droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique?*, *AJDA*, núm. especial, 1998.
- YEPES, Jesús María, *Le Panaméricanisme (au point de vue historique, juridique et politique)*, París, Les éditions internationales, 1936.
- , *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*, Caracas, Academia Nacional de Historia Venezolana, 1955.

2. *Jurisprudencia*

A. *CIDH*

Informe núm. 30/93, caso núm. 18.804, José Efraín Montt *vs.* Guatemala, 12 de octubre de 1993.

B. Corte IDH

a. Contenciosa

- Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004.
Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.
Caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006.
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006.
Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007.
Caso Kimel *vs.* Argentina, sentencia del 2 de mayo de 2008.
Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008.
Caso Castañeda Guzmán *vs.* México, sentencia del 6 de agosto de 2008.
Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009.

b. Consultiva

- Opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
Opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, “Expresión leyes del art. 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos”.
Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante, Corte IDH “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta”. Artículos 14.1, 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-7/86 del 29 del agosto de 1986.
Opinión consultiva OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

C. TEDH

- Caso Lawness *vs.* Irlanda, sentencia del 15 de noviembre de 1960.
Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica, sentencia del 23 de julio de 1968.
Caso De Wilde, Ooms et Versyp *vs.* Bélgica, sentencia del 10 de marzo de 1972.

- Caso Irlanda *vs.* Reino Unido, sentencia del 25 de enero de 1976.
Caso Handyside *vs.* Reino Unido, sentencia del 7 de diciembre de 1976.
Caso Sunday Times *vs.* Reino Unido, sentencia del 29 de abril de 1979.
Caso Lingens *vs.* Austria, sentencia del 8 de julio de 1986.
Caso Kokinnakis *vs.* Grecia, sentencia del 25 de mayo de 1993.
Caso National and Provincial Building Society y otros *vs.* Reino Unido, sentencia del 23 de octubre del 1997.
Caso Partido comunista unificado de Turquía *vs.* Turquía, sentencia de 30 de enero de 1998.
Caso Karatas *vs.* Turquie, sentencia del 8 de julio de 1999.
Caso Chapman *vs.* Royaume Uni, sentencia del 18 de enero de 2001.
Caso Karaboc y otros *vs.* Turquía, sentencia del 15 octubre 2002.
Caso Natchova et autres *vs.* Bulgarie, sentencia del 6 de julio de 2005.
Caso Ulusoy *et al.* *vs.* Turquie, sentencia del 3 de mayo del 2007.
Caso Stoica *vs.* Roumanie, sentencia del 4 de marzo de 2008.
Caso Muñoz Díaz *vs.* España, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

D. *Informes y documentos internacionales*

- The Limburg principles of the implementation of the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1968), UN Document, 2 de octubre de 2000.
- Informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Programa para las Naciones Unidas para el desarrollo, Alfa-guara, Buenos Aires, 2004.