



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

ISSN: 2346-2051

Universidad Externado de Colombia

ALDAO, MARTÍN

Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Revista Derecho del Estado, núm. 44, 2019, Septiembre-Diciembre, pp. 31-55

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.03>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662820003>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

UNEM redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Between deference and indifference: Margin of appreciation, democracy and vulnerability situations in the caselaw of the European Courts of Human Rights

RESUMEN

La doctrina del margen de apreciación (MoA) de los Estados es presentada como un avance en términos de democratización de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. No obstante, la mayor deferencia que la doctrina implica respecto de los Estados puede operar en favor de los poderes políticos locales y no necesariamente de la democracia entendida como la participación paritaria de toda la ciudadanía. Poner en evidencia esto requiere explorar la concepción de democracia que supone la doctrina del MoA y que ha sido poco abordada. El artículo muestra las insuficiencias del uso genérico del argumento democrático en el contexto de la determinación del margen de apreciación de los Estados por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizando en especial el giro procedimental del MoA. Esto es particularmente relevante en los casos que involucran colectivos en situación de desigualdad estructural y que, por ende, requieren de un escrutinio

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador CIC CONICET, Instituto A. L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Contacto: maldao@derecho.uba.ar

ORCID ID: 0000-0003-2891-7614.

** Recibido el 2 de septiembre de 2018, aprobado el 11 de junio de 2019.

Para citar el artículo: ALDAO, M. *Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 31-55.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.03>

más estricto que el mero funcionamiento de las instituciones representativas tradicionales.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, democracia, desigualdad social.

ABSTRACT

The margin of appreciation doctrine is often described as a way to overcome plurality issues inside regional human rights systems. Also, the deferential posture adopted by regional courts is being praised by the literature as a democracy-enhancing approach. However, the imprecise development of the doctrine by the European Court of Human Rights has raised many doubts and critics. Among the latter, this paper focuses on the consequences of an enhanced margin of appreciation in terms of the ability of regional human rights systems to deal with deeply entrenched inequality issues.

KEYWORDS

Human Rights, European Court of Human Rights, Democracy, Social Inequality.

SUMARIO

1. Planteamiento del problema. 2. El margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH. 3. Visibilizando las concepciones de democracia presupuestas en la doctrina del margen de apreciación estatal. *Animal Defenders* bajo la lupa democrática. 3.1. El margen de apreciación en *Animal Defenders International v. U.K.* a la luz de los precedentes del TEDH. 3.2. Sobre el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas como criterio del MoA. Paradigmas democráticos subyacentes en la jurisprudencia del TEDH. 3.3. Limitaciones de diseño de los dispositivos democráticos contemporáneos ante desigualdades estructurales. Conclusiones. Referencias.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA¹

Durante la segunda mitad del siglo xx los Estados europeos se mostraron receptivos respecto de la protección universal de los derechos humanos. Esta

¹ Este artículo es producto de una línea de trabajo sobre cortes regionales de derechos humanos y desigualdad estructural. Agradezco a Laura Clérico y a Federico De Fazio la lectura crítica del manuscrito, y a los árbitros de la Revista las observaciones que permitieron mejorarlo.

postura se concretó en la creación del primer sistema regional de protección de los derechos humanos, que luego sirvió de cimiento para el desarrollo y crecimiento del resto de los sistemas regionales de protección². Sin embargo, en la coyuntura actual las cortes regionales parecen cada vez más preocupadas por no excederse en sus intervenciones. Así es que el precario equilibrio entre la autodeterminación de los Estados soberanos y el compromiso universal con los derechos inalienables de la persona depende de la constante voluntad de unos y otros para preservar la dinámica del sistema³. Además los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos, y en particular los sistemas regionales que poseen una configuración jurisdiccional, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)⁴ o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁵, arrastran un doble déficit político. Su legitimación se encuentra doblemente mediatizada: de ámbito internacional a nacional⁶, y de ámbito jurisdiccional a legislativo⁷. En todo caso, es evidente que un control excesivo por parte de las cortes regionales redundaría en una pérdida de efectividad del sistema, así como un exceso en la deferencia hacia los Estados generaría la pérdida de legitimidad de las mismas: el “delicado equilibrio” al que se refiere la dogmática⁸. Es en este contexto que el TEDH viene desarrollando y expandiendo las doctrinas de la subsidiariedad y del margen de apreciación (en adelante, MoA, por sus siglas en inglés) de los Estados⁹. Parte de la dogmática ve en el desarrollo

2 NOWAK, M. *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*. Universidad de Buenos Aires, 2009, cap. 2.

3 Véase IGLESIAS VILA, M. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. En *Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges*, 2013, 14 y también NOWAK. *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, cit., cap. 2.

4 BINDER, C. *The European System for the Protection of Human Rights: Balance and perspectives*. En Von Bogdandy, A. et al., *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*. Lumen Iuris, 2011 y KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford University Press, 2010.

5 PIOVESAN, F. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Conção Americana de Direitos Humanos*. En GOMES, L. F. y PIOVESAN, F. (coords.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

6 VON BOGDANDY, A. y VENZKE I. *In whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: OUP, 2014.

7 HABERMAS, J. *Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional*. En HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. 1998.

8 IGLESIAS VILA. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH*, cit.; MOWBRAY, A. *A study of the principle of fair balance in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Human Rights Law Review*. 2010, 10, 2; CHRISTOFFERSEN, J. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Brill, 2009; GREER, S. *Constitutionalizing adjudication under the European Convention on Human Rights*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 2003, vol. 23, n.º 3.

9 Janneke Gerards sostiene, sin embargo, la complejidad de esta relación y la dificultad para determinar cuál de estas dos funciones es la más relevante. Véase GERARDS, J. *The Draft*

de la tesis de la subsidiariedad una oportunidad para mejorar el compromiso del TEDH con la democracia y el de los Estados con los derechos humanos¹⁰. No nos proponemos negar de plano esta afirmación sino, en la línea de las reservas planteadas por otra parte de la dogmática¹¹, poner en cuestión el grado de generalidad de la tesis interpelándola en función de las condiciones de vulnerabilidad estructural¹².

La doctrina del MoA de los Estados es presentada así por sus defensores como una herramienta que permitiría consolidar la “unidad en la pluralidad” en los sistemas de protección de los derechos humanos y/o como un avance en términos de democratización de esos sistemas. No obstante, la mayor deferencia que la doctrina implica respecto de los Estados puede operar en favor de los poderes políticos locales y no necesariamente de la democracia entendida como la participación paritaria de toda la ciudadanía. Esto es particularmente relevante en los casos que involucran colectivos

Copenhagen Declaration and the Court's dual role. The need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation. En *Strasbourg Observers*. [En línea]. 2018. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2018/02/28/the-draft-copenhagen-declaration-and-the-courts-dual-role-the-need-for-a-different-definition-of-subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation/> [Consultado el 1 de enero de 2019].

10 SPANO, R. *Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity.* En *Human Rights Law Review*. 2014, 14, 3; PARRA VERA, Ó. *Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte IDH y el TEDH.* En SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (coords.), *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016; HUNT, M.; HOOPER, H. y YOWELL, P. (eds.). *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. Bloomsbury, 2015.

11 BARBOSA DELGADO, F. R. *Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales.* En *Revista Derecho del Estado*. 2011, n.º 26, 1; GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración.* Thomson Reuters-Civitas; BENAVIDES CASALS, M. A. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos.* En *Ius et praxis*. 2009, 15, n.º 1, 295-3; SÁNCHEZ MOLINA, P. *Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos).* En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*; PÉREZ, A. *Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos.* En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 15.1; SAUL, M. *The European Court of Human Rights' margin of appreciation and the processes of national parliaments.* En *Human Rights Law Review*. 2015, 15, n.º 4, 773; GERARDS, J. *Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine.* En *European Law Journal*. 2011, vol. 17, n.º 1, 87 ss.; KRATOCHVILL, J. *The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights.* En *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2011, 29, n.º 3; y BESSON, S. *Subsidiarity in international human rights law. What is subsidiary about human rights?* En *The American Journal of Jurisprudence*. 2016, 61, n.º 1, 69-107; entre otros.

12 Este trabajo retoma la estructura crítica formulada originalmente por Fraser en *Rethinking the public sphere* respecto de los mecanismos demo-representativos. Un ejercicio similar fue planteado en CLÉRICO, L. y ALDAO, M. *La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos.* En *Estudios Constitucionales*. 2011, 9, n.º 1, 157-198.

en situación de desigualdad estructural y que, por ende, requieren de un escrutinio más estricto que el mero funcionamiento de las instituciones representativas tradicionales. Así, el objetivo de este trabajo es mostrar las insuficiencias del uso genérico del argumento democrático en el contexto de la determinación del margen de apreciación de los Estados por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Con ese fin analizaremos el caso *Animal Defenders International v. U.K.* que presenta un ejemplo paradigmático de este problema. En el caso concreto, la ONG Animal Defenders International alega la violación de la libertad de expresión en tanto el órgano estatal de contralor publicitario (Broadcast Advertising Clearance Centre) le impidió la difusión de un *spot* publicitario que pretendía llamar la atención sobre el maltrato hacia los primates por considerar que infringía la prohibición de publicidad con fines políticos de acuerdo con el marco legal vigente en el Reino Unido¹³. La sentencia del TEDH ha sido ponderada por la relevancia que otorga el tribunal a los dispositivos democráticos nacionales, pero ha recibido severas críticas en tanto se aparta de los estándares previos en materia de regulación de los medios de difusión y libre circulación de ideas¹⁴. Tomamos como eje la doctrina sentada por el TEDH en el caso *Animals Defenders International v. U.K.*¹⁵ en la medida en que es reconocido por la dogmática como un caso paradigmático en lo que se refiere a la vinculación entre democracia y sistemas de protección de derechos humanos. Además, por el hecho de que está adquiriendo cierta relevancia en la academia interamericana¹⁶. Así, la discusión sobre el giro procedimental del MoA estatal no es solo relevante para el ámbito regional en el que ha surgido, sino también para el interamericano¹⁷.

El análisis del problema comienza con una breve reseña de la evolución y el estado actual de la doctrina del margen de apreciación de los Estados (sec. 2). Luego se abordan, en tres pasos, los problemas que presenta la doctrina

13 Sec. 321(2) de la *Communications Act* de 2003.

14 LEWIS, T. *Animal Defenders International v. United Kingdom: Sensible dialogue or a bad case of Strasbourg jitters?* En *The Modern Law Review*. 2014, 77, n.º 3, 460-474.

15 *Animal Defenders International v. UK*, 57 E.H.R.R. 21, 2013 E.C.H.R. 362 (2013).

16 CONTRERAS, P. *Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Ius et Praxis*. 2014, 20, n.º 2, 235; FOLLESDAL, A. *Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights*. En *International Journal of Constitutional Law*. 2017, 15, n.º 2, 359-371; PÉREZ. *Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal*, cit.

17 Sobre los límites de la doctrina del margen de apreciación de los Estados tal como es desarrollada por el TEDH y las desventajas de su aplicación al sistema interamericano, véase BURGORGUE-LARSEN, L. *The added value of the Inter-American Human Rights System: Comparative thoughts*. En VON BOGDANDY, A. et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 20; PARRA VERA. *Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes*, cit.; CONTESSÉ, J. *Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System*. En *Law and Contemporary Problems*. 2016, 79, 2, 124-1.

surgida del caso analizado: en la sección 3.1 se realiza un análisis del caso y de los estándares del TEDH en materia de regulación de la publicidad política. En la sección 3.2 se analiza el caso pero a la luz de la jurisprudencia del TEDH en materia de democracia, y se muestra que el giro procedimental reduce el compromiso del tribunal con una comprensión sustancial del funcionamiento de las instituciones democráticas en las sociedades contemporáneas. En la sección 3.3 se presentan perspectivas feministas y críticas que muestran que reforzar las miradas formalistas sobre las instituciones democráticas es perjudicial en términos de reconocimiento y reparación de las desigualdades estructurales. De este modo esperamos mostrar que, a diferencia de lo que pretende el TEDH, el giro procedimental no implica reforzar el peso de la democracia en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, sino, por el contrario, reforzar los patrones de exclusión locales que en la práctica restringen la participación democrática a los grupos mayoritarios y privilegiados.

2. EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

De acuerdo con la doctrina del MoA, el TEDH reconoce a los Estados miembros un cierto grado de libertad al momento de interpretar la forma y el alcance de las obligaciones que surgen de la Convención Europea de Derechos Humanos siempre y cuando se respeten los pisos interpretativos establecidos en el *case law* del TEDH¹⁸. Es introducida por el TEDH en *Lawless v. Ireland* (1957-1961), *Belgian Linguistic Case* (n.º 2) (1968) y fuertemente desarrollada en *Handyside v. U.K.* (1976, pars. 48 y 49). Ha sido definida como un examen que toma en cuenta el contexto local de los Estados en orden a flexibilizar el examen de compatibilidad de normas locales con los derechos reconocidos en la Convención. De este modo, el TEDH puede dar respuestas matizadas a cuestiones semejantes en función de las diferentes condiciones de los Estados en cuanto, por ejemplo, al nivel de protección de los derechos logrado en el orden interno¹⁹.

Este uso de la doctrina del MoA estatal por parte del TEDH ha generado adeptos y críticos. Los primeros, preocupados por la estabilidad y dinámica del sistema europeo de protección de derechos humanos; los segundos, por la fiabilidad del sistema para proteger los derechos de minorías o de grupos en situación de desventaja o vulnerabilidad. Dentro del primer grupo se sostiene que la capacidad del tribunal para ser acatado depende de su habilidad

18 Sobre el desarrollo del margen véase PÉREZ. *Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal*, cit., 77 ss. Para un análisis teórico de las dimensiones estructural y epistémica de los márgenes en el marco de una teoría de los derechos fundamentales, véase ALEXY, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

19 IGLESIAS VILA. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH*, cit. 7.

para generar consensos, o al menos para no discrepar excesivamente de las convicciones de los gobiernos de los Estados parte²⁰, y que en este sentido la doctrina del MoA le resulta útil al TEDH para evitar una confrontación explícita con los Estados, sin por eso tener que comprometerse de modo expreso con una interpretación restrictiva del derecho en cuestión²¹. A su vez, estas consideraciones “estratégicas” se ven complementadas con consideraciones “normativas”. Por ejemplo, Spano habla de una “era de la subsidiariedad” para el TEDH, como contrapartida de una mayor responsabilidad en la garantía de derechos en el nivel nacional²². Por el otro lado, entre las principales críticas que se realizan a la doctrina del MoA de los Estados se señala que la evolución de un consenso europeo no necesariamente redundaría en un avance en la protección de los derechos²³, y que viene siendo utilizada de modo inconsistente²⁴. En un esfuerzo por sistematizar la aplicación del MoA de los Estados el TEDH, a través de su jurisprudencia, ha ido identificando una serie de factores que resultan relevantes para determinar su alcance en cada caso: el tipo de derecho involucrado, su importancia e intensidad, el objeto de la interferencia²⁵ y la existencia o no de un consenso europeo en la materia²⁶, el tipo de obligación estatal y el tipo de interés perseguido con la medida²⁷.

20 MCGOLDRICK, D. *A Defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*. En *International & Comparative Law Quarterly*. 2016, 65, n.º 1, 21-60, 449-501.

21 GERARDS. *Margin of appreciation and incrementalism in the case law*, cit., 11.

22 SPANO. Ob. cit., y KRISCH. *Beyond Constitutionalism*, cit., cap. 4.

23 BRAUCH, J.A. *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law*. En *Colum. J. Eur. L.* 2004, 11, 146.

24 KRATOCHVIL. *The inflation of the margin of appreciation*, cit.

25 Entre los fines públicos se encuentran la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la protección de la salud y la moral públicas, y la prevención del delito y del desorden; entre los fines privados se encuentran la imparcialidad del poder judicial, la protección de los derechos, libertades y reputaciones de las personas y del principio de confidencialidad. Véase GREER, S. C. *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 1997, 18-41.

26 *S. y Marper c. United Kingdom*, par. 102. Respecto de la legalidad de la medida véase también *Malone c. U.K.* (legalidad), *Silver c. U.K.* (accesibilidad); *Sunday Times c. U.K.* (previsibilidad). Sobre el consenso europeo en particular, véase DZEHTSIAROU, K. *European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*. En *German L. J.* 2011, 12, 1730 y BENAVIDES CASALS. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, cit.; CLÉRICO, L. *Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica*. EN AGUILÓ REGLA, J. y GRÁNDEZ CASTRO, P., *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017, 127-151.

27 El TEDH sostiene que “la amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, entre ellos la naturaleza del derecho de la Convención en cuestión, su importancia para el individuo, la naturaleza de la interferencia y el objeto perseguido por la injerencia. El margen tiende a ser más estrecho cuando el derecho en juego es crucial para que el individuo disfrute efectivamente de intimidad o derechos claves [...] Asimismo, cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se limitará el margen permitido al Estado”. Sin embargo, advierte el TEDH, “cuando no existe un consenso en los Estados

En todo caso, los defensores de una interpretación amplia de la doctrina del MoA –en tanto caso especial de la doctrina de la subsidiariedad– sostienen que, dentro de la dinámica de los diversos elementos que componen el sistema europeo de derechos humanos, una mayor deferencia del TEDH permitiría priorizar la interpretación y aplicación doméstica de los derechos reconocidos en la Convención, mejorando la legitimación directa del sistema²⁸. No obstante, existe acuerdo en que para que esto sea plausible el TEDH debe enviar señales claras a los Estados respecto de los contornos y criterios²⁹ del MoA. Por el contrario, las inconsistencias y ambigüedades que vienen caracterizando la jurisprudencia del TEDH en la aplicación de esta doctrina conspiran contra la consolidación de un sistema plural pero consistente de garantía de derechos³⁰. Con el propósito de reducir la posibilidad de arbitrariedades, la academia ha ensayado diversas propuestas a los efectos de “mejorar” los déficits jurisprudenciales. Así es posible identificar casos claros en los que el TEDH niega la aplicación del MoA³¹; casos claros en los que se da a los Estados un amplio margen de maniobra para definir el alcance de sus obligaciones³², y casos difíciles en los cuales la posición del TEDH varía en función de diversos factores³³. Otro posible criterio de clasificación del

miembros del Consejo de Europa, ni en cuanto a la importancia relativa del interés en juego, ni en cuanto a la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio”. *S. y Marper c. United Kingdom*, par. 102.

28 En favor SPANO. Ob. cit.; con algunas reservas SAUL. *The European Court of Human Rights' margin of appreciation*, cit., y con reservas explícitas BESSON. *Subsidiarity in international human rights law*, cit.; KRATOCHVIL. *The inflation of the margin of appreciation*, cit. y GERARDS, ob. cit., 87.

29 VILJANEN, J. *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights*. Tampere University Press, 2003; KRATOCHVILL. *The inflation of the margin of appreciation*, cit.; IGLESIAS VILA. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH*, cit.

30 En particular SAUL. *The European Court of Human Rights' margin of appreciation*, cit., 774 y BESSON. *Subsidiarity in international human rights law*, cit., 105. En este contexto cobra una especial relevancia la propuesta de una versión racionalizada de la doctrina de Iglesias Vila. Véase IGLESIAS VILA. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH*, cit., 18.

31 Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes –*Soering Case*, 11 E.H.R.R. 439, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 34 (1989)–, persecución penal de discursos políticos –*Lingens Case*, 103 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 26 (1986)–, disolución de partidos políticos –*United Communist Party of Turkey v. Turkey*, 26 E.H.R.R. 121 (1998)–.

32 Restricción de la actividad privada a través de una norma general y por razones de interés público –*Mellacher v. Austria*, 12 E.H.R.R. 391 (1989)–.

33 Libertad de expresión y religión –*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 295 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 1 (1994)/*Wingrove v. U.K.*, 1996 E.C.H.R. 1996, 1996 Eur. Ct. H.R. 60 (1996)–; libertad religiosa –*Sahin v. Turkey*, 2005 X.I. Eur. Ct. H.R. 173 (2005)/*Lautsi v. Italy*, 54 E.H.R.R. 3, 54 Eur. Ct. H.R. 3 (2012)–; derechos GLBT –*Dudgeon v. U.K.*, 1981 E.C.H.R. 5 (1981)/*Norris v. Ireland*, 13 E.H.R.R. 186 (1991)/*Rees v. United Kingdom*, 9 E.H.R.R. 56 (1986)–. Véase CONTRERAS. *Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional*, cit., 44 ss. Para efectos gráficos, Contreras propone una clasificación tomando como criterio la mayor o menor “fundamentalidad” de los derechos afectados. Los derechos son clasificados en tres

alcance del margen estaría vinculado a la clase de situaciones que habilitan una mayor deferencia por parte del TEDH respecto de los Estados. En esa línea, Føllesdal identifica tres ámbitos en los cuales se amplía el MoA: condiciones excepcionales (emergencias, seguridad pública, bienestar económico), condiciones particulares del país (valores sociales y culturales) y conflictos entre derechos reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos³⁴. La lista de reinterpretaciones de los criterios que modulan el MoA sin duda puede continuar. Son propuestas que se basan en una crítica funcional y confían en que la doctrina del margen puede ser rescatada si logra claridad y coherencia en la aplicación de los criterios.

En suma, la doctrina del MoA pervive y a fuerza de modulaciones ha remontado vuelo en el contexto de la llamada era de la subsidiaridad³⁵. En especial, la calidad del debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido remarcada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International v. U.K.* de 2013³⁶.

3. VISIBILIZANDO LAS CONCEPCIONES DE DEMOCRACIA PRESUPUESTAS EN LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL. ANIMAL DEFENDERS BAJO LA LUPA DEMOCRÁTICA

En esta sección, en primer lugar (3.1), se presenta y se analiza el caso *Animals Defenders v U.K.* y luego se lo pone en conexión con los precedentes del TEDH en materia de regulación de la publicidad política con el propósito de mostrar que el giro procedimental implica apartarse de un estándar previo más progresivo en la materia. En segundo lugar (3.2), se analiza la línea jurisprudencial del TEDH en materia de democracia, con el propósito de mostrar la tendencia del tribunal a profundizar la concepción de democracia más allá de los paradigmas procedimentales en la jurisprudencia previa a *Animals Defenders*. En último lugar (3.3), a partir del marco teórico desarrollado

círculos concéntricos. En el centro se ubican los derechos que excluyen la posibilidad de aplicar la doctrina del margen de apreciación de los Estados; en el exterior, los derechos que habilitan un amplio margen de apreciación, y entre ambos, aquellos casos en que no hay una posición clara.

34 FØLLESDAL. *Exporting the margin of appreciation*, cit. 363.

35 Véase SPANO, R. *The Future of the European Court of Human Rights. Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*. En *Human Rights Law Review*. 2018, 18, 473-494, quien sostiene que durante los últimos cuarenta años el TEDH “it is argued that the last 40 years or so constituted the Court’s ‘substantive embedding phase’. This phase has now in general shifted towards a new historical era, the ‘procedural embedding phase’”. Por el contrario, en un estudio reciente, Gerards parece relativizar este giro cuando argumenta que dicha doctrina se ha convertido en un dispositivo retórico vacío de contenido. GERARDS, J. *Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights*. En *Human Rights Law Review*. 2018, 18, 3, 495-515.

36 TEDH. *Animal Defenders International v. U.K.*, 22/04/2013.

por la teoría crítica y la teoría feminista se muestra cómo las concepciones procedimentales de la democracia conducen a reforzar las dinámicas excluyentes propias de las sociedades contemporáneas.

3.1. *El margen de apreciación en Animal Defenders International v. U.K. a la luz de los precedentes del TEDH*

En el caso en análisis, *Animals Defenders International*, se trata de una ONG internacional dedicada a la incidencia en materia de derechos de los animales, que produce y difunde un *spot* publicitario en el que una niña de cuatro años aparece enjaulada en condiciones similares a las de los chimpancés en los circos³⁷. El objetivo explícito de la campaña consistía en concientizar a la población del Reino Unido respecto de la utilización de animales no humanos con fines de entretenimiento. El *spot*, que por estar referido a un tema controversial fue sometido a la autoridad del órgano estatal de contralor publicitario (Broadcast Advertising Clearance Centre), fue vetado por considerarse que infringía la prohibición de publicidad con fines políticos de acuerdo con el marco legal vigente en el Reino Unido. La norma en cuestión autoriza al órgano de control a vetar las publicidades que (a) provengan o representen a grupos de naturaleza política, (b) tengan un propósito explícitamente político o (c) presenten cuestiones vinculadas a una disputa industrial³⁸. La decisión fue apelada por Animal Defenders International (en adelante, ADI) ante la House of Lords, con resultados negativos, y luego fue presentada ante el TEDH como una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre libertad de expresión y derecho a la información. El TEDH, por una mayoría ajustada, determinó que la norma impugnada no constituía una violación del artículo 10 por encontrarse dentro del MoA reconocido a los Estados por el TEDH.

Al momento de determinar el margen de discrecionalidad en *Animal Defenders* el TEDH asigna especial relevancia a la calidad del examen parlamentario, la calidad del examen judicial y el potencial riesgo implicado en flexibilizar una medida de carácter general, otorgándole al Estado un rol preponderante en la evaluación de esto último³⁹. Hablamos de un giro en la dirección equivocada en la medida en que el TEDH decide apartarse de la jurisprudencia relevante en la materia. En dos precedentes muy similares (*VgT v. Switzerland* de 2001 y *TV Vest v. Norway* de 2008)⁴⁰ el TEDH había reconocido que en principio les cabía a los Estados un amplio MoA, en tanto se trataba de prevenir las

37 Disponible en: <http://www.ad-international.org/mmap/>

38 Sec. 321(2) de la *Communications Act* de 2003. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/section/321>

39 *A.D.I. v. U.K.*, par. 108 y voto disidente.

40 *VgT v. Switzerland*, que luego sería reconfirmado en *TV Vest v. Norway*.

distorsiones generadas por los grandes grupos económicos [*anti-distortion rationale*]⁴¹ en un área como la publicidad que se encuentra razonablemente sujeta a una fuerte regulación estatal [*power of broadcasting rationale*]⁴². En *VgT* el Estado suizo había prohibido la difusión de un corto de televisión que denunciaba el maltrato animal por considerarlo de naturaleza política. En *TV Vest* el Estado noruego había prohibido la difusión de las ideas de un partido político minoritario al aplicar de modo absoluto una norma que prohibía la publicidad política. Sin embargo, la amplitud acordada en abstracto a esa clase de medidas requirió de un análisis en concreto. Por ello, tanto en *VgT* como en *TV Vest*, por considerar al actor ajeno a la categoría pensada por el legislador, el TEDH decidió restringir la aplicación del MoA de los Estados y entrar en un análisis intensivo de la proporcionalidad de la medida. *VgT* no podía ser considerada como una organización con fines propiamente políticos, y el Rogaland Pensioners Party (actor en *TV Vest*) tampoco era la clase de partido político mayoritario cuya influencia pretendía contrapesar la norma noruega⁴³. Con la misma estructura conceptual, pero diferentes circunstancias, en *Murphy v. Ireland* (de 2003) el TEDH toma en cuenta que el actor sí responde a la categoría pensada por el legislador⁴⁴ para atribuir al Estado un amplio MoA, al conectar la ya de por sí amplia facultad de regulación sobre los medios [*power of broadcasting rationale*]⁴⁵ con la mayor idoneidad de los órganos de gobierno locales para medir los peligros para la estabilidad democrática originados en la volatilidad religiosa que caracteriza a la sociedad irlandesa [*better position rationale*]⁴⁶.

Entonces, la regla que parece surgir de *VgT*, *Murphy* y *TV Vest* indica que los Estados tienen un amplio MoA en la regulación de los medios de comunicación [*power of broadcasting rationale*], en función de su mayor conocimiento de la coyuntura local [*better position rationale*], pero solo en tanto el fin perseguido por el Estado a través de las medidas restrictivas sea legítimo, en el caso, la compensación de inequidades estructurales entre actores políticos [*political/economical distortion rationale*]. Efectivamente, el proceso democrático depende de la posibilidad de intercambiar argumentos de modo libre e imparcial en el debate público, a fin de que el público pueda evaluar, contrastar y elegir entre las diferentes posiciones disponibles. Que la imparcialidad del debate público se vea afectada por la disparidad en los

41 *VgT v. Switzerland*, par. 61.

42 *VgT v. Switzerland*, par. 69.

43 *VgT v. Switzerland*, pars. 70 y 71, *TV Vest v. Norway*, par. 73.

44 La norma apuntaba a restringir la publicidad de eventos religiosos en un contexto de enfrentamientos entre católicos y protestantes, y el demandante, al que se le restringía la difusión de un evento religioso, pertenecía a la fe protestante.

45 *Murphy v. Ireland*, par. 61.

46 GREER, S. *Constitutionalizing adjudication under the European Convention on Human Rights*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 2003, vol. 23, n.º 3, 23.

recursos materiales es una cuestión que se encuentra, al día de hoy, fuera de toda discusión⁴⁷. En la medida en que los grandes medios de comunicación tienen un papel preponderante en la definición de la agenda pública, y el acceso a los mismos se encuentra regulado por los criterios del mercado, resulta inevitable que aquellos sectores con mayores recursos ocupen una posición de privilegio completamente injustificada en términos democráticos. Este es el argumento que se encuentra tras la norma cuestionada, que es un dispositivo deliberativo en tanto apunta a eliminar distorsiones (materiales) en el libre intercambio de argumentos. A su vez, el análisis del supuesto igualitario es de fondo y no de forma, ya que en los tres precedentes el TEDH se apoya en la naturaleza del actor cuyas ideas ven restringida su circulación. En suma, la regla era dar un amplio MoA a los Estados en materia de regulación de la publicidad política cuando someterlos a los estándares del sistema europeo implicaba hacer caso omiso de desigualdades estructurales que los gobiernos locales estaban en mejores condiciones de identificar.

Por el contrario, en *Animal Defenders* el TEDH se abstiene explícitamente de evaluar la situación del reclamante, una asociación de defensa de los derechos de los animales, y sostiene que “la cuestión central en cuanto a las medidas no es saber si habría sido necesario adoptar normas menos restrictivas, o saber si el Estado podía probar que sin la prohibición no se podría alcanzar el objetivo legítimo. Más bien, la cuestión fundamental es si, al adoptar la medida general impugnada y decidir entre los intereses presentes, el legislador actuó dentro de su margen de discreción”⁴⁸.

En abstracto, la norma cuestionada en *Animal Defenders* tiene el propósito explícito de nivelar la arena de la opinión pública. Un caso claro de ejercicio del *power of broadcasting rationale* en combinación con un análisis abstracto del *political/economical distortion rationale*. Es en esta línea que el TEDH decide adoptar una postura deferente respecto de la regulación de la publicidad política adoptada por el Reino Unido, al evitar entrar a considerar la situación concreta. Por ello, *Animal Defenders* implica un giro procedimental: en los precedentes, el debate parlamentario local había considerado la restricción concreta que era impugnada ante el TEDH, por lo que la distinción entre control de fondo y control procedimental no resulta tan relevante; sin embargo, en *Animal Defenders* se requiere un notable esfuerzo interpretativo para subsumir la actividad desplegada por la reclamante dentro de los supuestos pensados y discutidos para la norma, que había sido diseñada explícitamente con el fin de compensar las asimetrías de recursos en la definición de la agenda política⁴⁹.

47 MCOMBS, M. *The agenda-setting role of the mass media in the shaping of public opinion*. En *Mass Media Economics 2002 Conference*. London School of Economics, 2002; GARRETT, E. *Money, agenda setting, and direct democracy*. En *Tex. L. Rev.* 1998, 77, 1845.

48 *A.D.I. v. U.K.*, par. 109.

49 LEWIS. *Animal Defenders International v. United Kingdom*, cit.

Para justificar apartarse de los precedentes mencionados, el TEDH decide introducir un control aparentemente más riguroso del procedimiento democrático⁵⁰. Al evaluar la calidad del examen parlamentario en *Animal Defenders*, el TEDH no evalúa solo la exhaustividad de la actividad parlamentaria sino también la consideración de los estándares relevantes establecidos por la Convención Europea y la jurisprudencia del TEDH. Es en este sentido fuerte que el TEDH sostiene que “[l]a calidad del examen parlamentario y judicial sobre la necesidad de una medida tomada a nivel nacional tiene especial importancia a este respecto, en particular en relación con el margen de discrecionalidad adecuado”⁵¹. Entonces es el adecuado examen parlamentario (argumento democrático) lo que habilita al TEDH para mover el foco desde la restricción concreta del derecho hacia el modo en que la medida fue adoptada (giro procedimental).

Sin embargo, si repasamos la jurisprudencia relevante relativa al argumento democrático (véase 3.2) vemos que en cada caso los reclamantes caían explícitamente en el grupo considerado por el legislador al momento de establecer la prohibición. En *Hirst v. U.K.* un prisionero convicto impugna la restricción del voto a prisioneros; en *Draon v. France* los padres de un niño con discapacidad víctimas de mala praxis médica impugnan una restricción en el daño indemnizable establecida específicamente para casos de niños con discapacidad; en *Evans v. U.K.* una mujer a la que se le restringe el uso de embriones fecundados con una pareja previa impugna una norma que explícitamente busca regular esta clase de conflictos, y en *Friend v. U.K.* un cazador impugna una norma que restringe el ejercicio de esta actividad. Entonces, si bien es cierto que el TEDH en *Animal Defenders* aumenta la intensidad del control en cuanto a los elementos que considera (hechos, intereses/derechos, debate público, Convención Europea y jurisprudencia del TEDH), también es cierto que la disminuye al evitar considerar la situación concreta del reclamante (evaluación abstracta del *political/economical distortion rationale*).

La relevancia de considerar el caso concreto del reclamante en orden a aplicar el argumento democrático en conexión con el principio de igualdad es fundamental. Una cuestión similar ha sido abordada por la Corte Interamericana en el caso *Yatama v. Nicaragua* (2005). En el caso se discutía la razonabilidad de una reglamentación electoral procedimentalmente inobjetable, pero que en la práctica impedía la participación política de las comunidades aborígenes demandantes. Se destaca en la sentencia que si bien la reglamentación de los derechos políticos es una facultad propia de los Estados, esta no debe servir para excluir grupos que de otro modo verían impedida su participación⁵². En este caso el Estado no puede reclamar legitimación

50 Véase sec. 3.2 de este trabajo.

51 *A.D.I. v. U.K.*, par. 108.

52 *Yatama v. Nicaragua*, par. 217.

democrática plena porque el órgano del que emana la norma excluye de la participación política a los grupos a los que pretende imponerse. Como muestra Sieckmann en una versión fuerte de la democracia deliberativa, la legitimidad de la norma sancionada por el Estado tiene que mostrar cuando menos la posibilidad de participación de la población afectada⁵³. Si el objeto de análisis es la reglamentación, esto se pierde de vista. Esto no significa, no obstante, que la reglamentación siempre deba ser impugnada, sino que en todo caso siempre debe verificarse en concreto la aplicación del *political/economical distortion rationale*⁵⁴.

La importancia de la jurisprudencia establecida en *Animal Defenders* radica en que, por un lado, pretende aumentar el peso del factor democrático entre las variables relevantes para justificar la aplicación de la doctrina del MoA⁵⁵, pero en la práctica implica una interpretación formalista y restringida de las instituciones democráticas a través de una profundización del giro procedimental en la determinación de la intensidad del control⁵⁶. Esto comporta un retroceso respecto del enfoque sustancial de democracia que el TEDH venía utilizando en sus precedentes, que implicaba un análisis tanto de los aspectos formales como materiales de los procesos a través de los cuales se originaba la norma cuestionada. Los primeros están referidos al procedimiento: el respeto de los mecanismos establecidos en la constitución local y el respeto de las competencias de los órganos; los segundos, a las condiciones y los intereses de los actores involucrados⁵⁷. De este modo los intereses y la mirada de los grupos en situación de vulnerabilidad solo pueden aparecer en la medida en que el análisis de los aspectos formales y procedimentales se vea complementado por el de los aspectos materiales. De otro modo la mirada de los grupos vulnerabilizados queda excluida del análisis del órgano revisor y librada a la voluntad de las autoridades políticas locales. Hasta aquí nuestra crítica ha puesto en evidencia la concepción de democracia en

53 SIECKMANN, J.-R. *Autonomía moral y legitimidad democrática*. En *Discusiones*. XVII, 119.

54 Es en esa línea que la Corte Interamericana, en *Castañeda Gutman v. México*, decide dar al Estado mexicano un amplio margen en la reglamentación electoral en ese caso, ya que era imposible atribuir a Castañeda Gutman (ex canciller y reconocido político mexicano) alguna condición de vulnerabilidad. Véase BARBOSA DELGADO. *Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación*, cit. 1097.

55 SAUL. Ob. cit. En el orden interno, véase OLIVER-LALANA, A. D. y MESSERSCHMIDT, K. *On the “Legisprudential Turn” in constitutional review: An Introduction*. En *Rational Lawmaking under Review*. Springer, Cham, 2016, 1-16.

56 *Brems. SAS v. France: A Reality Check*, cit.

57 Nino, por ejemplo, identifica el análisis de los aspectos formales con una concepción restringida de control jurisdiccional sobre los órganos políticos, y el análisis de los aspectos materiales con una concepción amplia de control, destacando la importancia de variables materiales tales como la existencia de una relativa igualdad de acceso a ese juego institucional: recursos, educación, ausencia de coacciones, etc. Véase NINO, C. S. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1989, n.º 4, 87.

la que se basa el giro procedimental del MoA. En lo que sigue la crítica es funcional, tampoco queda claro cuáles son los criterios que tiene en cuenta el TEDH para evaluar, por ejemplo, la calidad del debate democrático⁵⁸ y así habilitar un amplio MoA estatal. Veamos.

3.2. Sobre el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas como criterio del MoA. Paradigmas democráticos subyacentes en la jurisprudencia del TEDH

El TEDH ha tenido en cuenta el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas como criterio para auto-restringir la intensidad de control sobre el accionar de los Estados⁵⁹. La deferencia hacia los Estados basada en la supuesta deliberación democrática ha generado adeptos en la dogmática, en tanto el TEDH estaría reconociendo el debate político local. Sin embargo, encontramos nuevamente que no establece un criterio claro. Primero, es opaco en relación con los supuestos en que debe ser aplicado. Por ejemplo, en cuanto a la relevancia que deba tener el factor democrático, la dogmática⁶⁰ identifica en la jurisprudencia del TEDH al menos tres constelaciones según que el tribunal se haya apoyado en el proceso democrático de modo explícito⁶¹, de modo implícito⁶² o bien este aparezca como una variable posible⁶³. Segundo, el TEDH tampoco es del todo claro en cuanto a las variables que determinan la calidad del proceso parlamentario: en algunos valora la participación del público⁶⁴, la exhaustividad del debate parlamentario⁶⁵ o la ausencia de oposición⁶⁶; en otros, valora las ventajas epistémicas de las autoridades locales⁶⁷.

En lo que hace específicamente a la valoración del debate parlamentario, este argumento ya había sido desplegado, entre otros, en *Hirst v. U.K.* y *Anchugov and Gladkov v. Russia* (sobre el voto de prisioneros), en *Maurice v. France* y *Draon v. France* (sobre mala praxis y discapacidad), en *Evans v. U.K.* (sobre regulación de embriones crioconservados) y en *Friend v. U.K.* (sobre restricciones a la caza). La idea subyacente en todos estos casos es que

58 En general sobre los problemas que tienen los tribunales para evaluar el proceso de justificación legislativa, véase OLIVER-LALANA, D. *On the (judicial) method to review the (legislative) method*. En *The Theory and Practice of Legislation*. 2016, 4, 2, 135-153.

59 SPANO. Ob. cit.

60 En este punto retomamos el citado trabajo de Saul.

61 En *Hirst v. U.K.* y *A.D.I. v. U.K.* a favor de una mayor deferencia, y en *Anchugov and Gladkov v. Russia* con fines restrictivos.

62 Véase *Evans v. U.K.*, *The Countryside Alliance y otros v. U.K.*, *Maurice v. France* y *S.A.S. v. France*, entre otros.

63 *Lindheim and Others v. Norway*.

64 *Evans v. U.K.*, *Friend and Others v. U.K.* y *A, B and C v. Ireland* (explícito).

65 *Maurice v. France* (explícito).

66 *S.A.S. v. France* (implícito) y *A.D.I. v. U.K.* (explícito).

67 Parcialmente y de modo ambiguo en *S.A.S. v. France*. Véase BREMS. *SAS v. France: A reality check*, cit., 58.

el adecuado funcionamiento de las instituciones representativas constituye una garantía de protección de los derechos de la población. Efectivamente, al revisar la jurisprudencia relevante se encuentran los siguientes argumentos:

- “Estas reglas (que se impugnan) fueron resultado de un amplio debate en el Parlamento”⁶⁸;
- “La legislación en cuestión es la culminación de un detallado examen de las implicaciones sociales, éticas y legales [...] eventualmente incorporadas a la norma sancionada por el Parlamento”⁶⁹;
- “La ley de 2004 fue precedida por un extenso debate público, incluidas las audiencias públicas del comité Burns. Fue sancionada por el Parlamento luego de un debate igualmente extenso”⁷⁰.

Por otra parte, se halla el mismo argumento, pero por la negativa:

- “No puede decirse que haya existido un debate sustantivo por parte de los miembros de la legislatura”⁷¹;
- “El Estado no ha aportado elementos que permitan considerar que en alguna etapa del proceso que condujo a la aprobación de la norma en cuestión se hayan ponderado los intereses involucrados”⁷².

En este sentido es importante conceder que el TEDH no cae en una comprensión estrictamente representativa de las instituciones democráticas sino que avanza –aunque sea de modo ambiguo– sobre estándares deliberativos⁷³. Lo importante no es solo que la norma haya emanado del parlamento, sino que en el parlamento se haya dado un debate al respecto⁷⁴. En esto el TEDH reconoce, al menos parcialmente, un proceso de profundización y optimización de los dispositivos democráticos que se viene produciendo desde hace décadas en

68 *Draon v. France*, par. 112.

69 *Evans v. U.K.*, par. 63.

70 *Friend and Others v. U.K.* 2010, par. 56

71 *Hirst v. U.K.* 2005, par. 79.

72 *Anchugov and Gladkov v. Russia*, par. 109.

73 Sobre el debate entre modelos mayoritaristas y deliberativos véase MARX FERRÉE, MYRA et al. *Four models of the public sphere in modern democracies*. En *Theory and Society*. 2002, 31, n.º 3, 289-324.

74 Sobre la institucionalización del modelo deliberativo véase NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, 1997, cap. 6; sobre otros mecanismos participativos véase PÉREZ FLORES, F.; CUNHA FILHO, C. M. y COELHO, A. L. *Participación ampliada y reforma del Estado: mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela*. EN OSAL. 2010, 27, 73-95. OLIVER-LALANA. *On the (judicial) method to review the (legislative) method*, cit.

los Estados. Si bien el papel central sigue perteneciendo al paradigma liberal representativo tal como se institucionaliza a través de sistemas electorales y de partidos y del parlamento, toda una serie de dispositivos se han ido desarrollando para salvar sus principales deficiencias: el referendo y el plebiscito, las audiencias públicas, los presupuestos participativos, el gobierno electrónico, entre otros, como dispositivos de control y complementación de la democracia representativa tradicional. Así el TEDH evita reducir la democracia a las instituciones representativas que, al modo de un mercado de ideas, permiten que los políticos profesionales, seleccionados a través del voto, presenten y discutan sus respectivas propuestas⁷⁵. Por el contrario, retoma, de las críticas liberales participativas, la relevancia del involucramiento de la ciudadanía⁷⁶ (de ahí las referencias a la publicidad de los debates, el trabajo en comités, etc.), y del enfoque deliberativista, la importancia del intercambio imparcial de argumentos⁷⁷ a través de la regulación rigurosa del procedimiento, centrado en la puesta en común y la contrastación pública de ideas y propuestas que permitiría aun a las minorías intervenir en el debate público (de ahí, entre otras, las referencias a la amplitud y rigurosidad del debate parlamentario). Así, Gerards afirma que “la doctrina de la deferencia opera sobre la base de que los procedimientos para la toma de decisiones funcionan sin fallas, que son transparentes, que permiten la efectiva participación de los implicados y que producen resultados razonables”⁷⁸.

De este modo queda claro que el TEDH no se limita a un mero escrutinio formal del procedimiento democrático ni tampoco a aceptar una decisión por el solo hecho de que provenga de una mayoría⁷⁹. Por el contrario, en la jurisprudencia del tribunal encontramos indicios que nos hablan de un compromiso del mismo con una democracia sustancial⁸⁰. Sin embargo, este avance hacia una comprensión deliberativa debería haber sido profundizado, tal como se demuestra en el próximo apartado, para dar cuenta de las des-

75 Desde este enfoque, el papel de la ciudadanía consiste en confirmar o censurar, *ex post* y a través de las elecciones, a sus representantes. Véanse, entre otros, SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. 1984 y DOWNS, A. *An economic theory of political action in a democracy*. En *Journal of Political Economy*. 1957, 65, n.º 2, 135-150.

76 Véase MANSBRIDGE, J. J. *Beyond Adversary Democracy*. University of Chicago Press, 1983 y BARBER, B. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. University of California Press, 2003.

77 Véase GUTMANN, A. y THOMPSON, D. F. *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, 1998; COHEN, J. *Deliberative democracy*. En *Deliberation, Participation and Democracy*. Londres: Palgrave Macmillan, 2007, 219-236 y HABERMAS, J. *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*. En *Polis. Revista Latinoamericana*. 2005, n.º 10.

78 Véase GERARDS. Ob. cit., 87.

79 Véase, p. ej., *Young, James and Webster v. U.K.*, par. 63.

80 SAUL, M.; FØLLESDAL, A. y ULFSTEIN, G. (eds.). *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2017; OLIVER-LALANA y MESSERSCHMIDT. *On the “Legisprudential Turn” in constitutional review*, cit.

igualdades estructurales que no solo operan en la sociedad y que determinan las posibilidades de cada colectivo de acceder al debate público.

3.3. Limitaciones de diseño de los dispositivos democráticos contemporáneos ante desigualdades estructurales

Estos esfuerzos por incluir una idea de democracia que dé cuenta de la exclusión de ciertos colectivos no solo de la distribución de recursos, sino también del acceso a las esferas de decisión públicas, son especialmente relevantes en un órgano de la naturaleza del TEDH, ya que el funcionamiento ideal de los mecanismos demo-representativos no necesariamente implica el respeto de los derechos humanos de toda la población: es perfectamente concebible que una mayoría de la población decida, a través de mecanismos representativos, vulnerar los derechos de un grupo en situación de vulnerabilidad. Por esto nos parece relevante reforzar el punto a partir de las críticas que, desde la tradición feminista y crítica, surgen como una reacción a los patrones de diferenciación y segregación identitaria (etnia, género, orientación sexual, identidad cultural, etc.) propios de las sociedades occidentales, que tienden a privilegiar una identidad prototípica (hombre, blanco, propietario, cristiano, heterosexual, etc.) en desmedro del resto. Elegimos este marco teórico en la medida en que resulta especialmente útil para visibilizar situaciones de vulnerabilidad estructural.

Desde este enfoque, se trata de *complementar* la interpretación de la democracia como el intercambio público de argumentos (deliberación) con la necesidad de revisar constantemente la sensibilidad del registro institucional respecto de los grupos minorizados (modos y espacios de discusión, registros lingüísticos, trayectorias sociales invisibilizadas, etc.). Así, señala Fraser que resulta imposible hacer completamente a un lado las diferencias materiales y simbólicas al momento de la deliberación institucionalizada: aun cuando se garantice formalmente la participación de todos los involucrados en un instancia argumentativa, persistirán impedimentos informales vinculados al lenguaje, la presencia, el estilo, etc. que pondrán en mejor posición a algunos grupos respecto de otros⁸¹. No reconocer estas diferencias *de facto* existentes no anula las jerarquías sino que las amplifica⁸². En segundo lugar, los dispositivos democráticos predominantes, en particular el parlamento, no dan cuenta del carácter material y culturalmente heterogéneo y estratificado de nuestras sociedades. En este sentido la subsunción de todos los agentes en una única “esfera pública” dificulta la interpelación y crítica de las identidades

81 FRASER, N. *Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente*. En *Revista Ecuador Debate*. 1999, 46, 150.

82 *Ibíd.*, 153.

predominantes por parte de lo que ella denomina identidades subalternas⁸³. Como muestra Young, los dispositivos que anteponen la uniformidad del consenso y la imparcialidad terminan por ser funcionales a la exclusión de los grupos e identidades de menor gravitación social⁸⁴. Estos grupos, que se caracterizan por ser expropiados del producto de su trabajo, que ven fuertemente restringida su capacidad de autodeterminación y que se ven sujetos constantemente a estereotipaciones, vejaciones y maltratos aleatorios por otros miembros de sus comunidades no solo tienden a estar sistemáticamente excluidos de los ámbitos de decisión, sino que además constituyen el prototipo de la población en función de la cual fueron diseñados y establecidos los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos⁸⁵.

En este sentido, dar cuenta de la posición de estos grupos requiere ir más allá de una comprensión deliberativa de la democracia, ya que se trata de colectivos que no solo se ven estructuralmente excluidos del acceso a recursos, sino también del acceso a los espacios de decisión. Un giro procedimental, tal como el que propone el TEDH, al dar por sentada la representatividad de las instituciones, renuncia a analizar esta clase de problemas. Esto resulta particularmente visible en la doctrina que surge de *Animals Defenders*.

Si analizamos el caso en función de la línea del tribunal respecto de la regulación de la publicidad política vemos que hasta *Animals Defenders* el TEDH había utilizado la doctrina del MoA para permitir a los Estados compensar desigualdades estructurales. En particular, se trataba de aumentar el margen cuando el propósito era disminuir las distorsiones que las desigualdades de recursos generan en términos de acceso a los espacios de conformación de la agenda pública que alimenta el debate democrático. Esta línea resultaba a la vez consistente con la interpretación comprometida con un ideal de democracia sustancial que caracteriza la jurisprudencia del TEDH. Por el contrario, en *Animals Defenders* el tribunal abandona el análisis del caso concreto en favor del giro procedimental. El punto es que es justamente el análisis del caso concreto lo que le había permitido al TEDH identificar en cada caso si la norma impugnada implicaba o no un avance en términos de funcionamiento de la democracia. Al optar por el giro procedimental, y dar por ende un lugar preponderante a las instituciones representativas, el TEDH renuncia a intervenir en los casos que involucran a grupos que por sus características ven restringido el acceso a los espacios de deliberación, y que son justamente los que mayor necesidad tienen de una instancia supranacional de protección de sus derechos. Esto, de hecho, resulta patente en la aplicación del mismo estándar

83 Ibid., 157.

84 YOUNG, I. M. *Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship*. En *Ethics*. 1989, 99, n.º 2, 257.

85 Véase NOWAK. *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, cit., cap. 2.

con giro procedimental en un caso sobre gentrificación, en el caso *Garib v. Holanda*, sobre restricción al lugar de residencia de una mujer cabeza de hogar con hijos beneficiaria de ayuda social⁸⁶.

CONCLUSIONES

La doctrina del MoA es presentada como una herramienta que permitiría consolidar la “unidad en la pluralidad” en los sistemas de protección de los derechos humanos. Para que esto ocurra, no obstante, es preciso que el TEDH dé señales claras respecto de los contornos de esta “libertad de acción” que atribuye a los Estados. Por el contrario, tal como viene siendo desarrollada por el TEDH, esta doctrina presenta más incertidumbres que certezas, lo que redundaría en mayores grados de libertad para los Estados y en menores garantías para las personas. El caso analizado resulta paradigmático en este sentido: si leemos la doctrina del TEDH en *Animal Defenders* a la luz del debate sobre el MoA estatal, este parece constituir una profundización del compromiso del tribunal con el respeto de las instituciones democráticas de los Estados. El tribunal no solo evalúa la amplitud y rigurosidad del debate parlamentario, sino también la labor de los órganos jurisdiccionales y la consideración de los estándares de derechos humanos vigentes en el sistema. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en materia de regulación de los medios de comunicación vemos que la doctrina de *Animals Defenders* implica en la práctica un retroceso para los grupos con menor influencia en la esfera pública.

Una expansión de la doctrina del MoA en estas condiciones de incertidumbre implica un retroceso en términos de garantías, especialmente para las personas y colectivos en situación de vulnerabilidad, y una habilitación tácita para que los Estados relajen sus compromisos con los estándares internacionales de derechos humanos.

REFERENCIAS

- ALEXY, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BARBER, B. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. University of California Press, 2003.
- BARBOSA DELGADO, F. R. *Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*. En *Revista Derecho del Estado*. 2011, n.º 26, 107-135.

⁸⁶ Para un análisis en profundidad de este caso véase CLÉRICO, L. y ALDAO, M. *Límites del margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2018, n.º 6.

- BENAVIDES CASALS, M. A. *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. En *Ius et Praxis*. 2009, n.º 1, 295-310.
- BESSON, S. *Subsidiarity in international human rights law - What is subsidiary about human rights?* En *The American Journal of Jurisprudence*. 2016, 61, n.º 1, 69-107.
- BINDER, C. *The European System for the Protection of Human Rights: Balance and perspectives*. En VON BOGDANDY, A.; PIOVESAN, F. y ANTONIAZZI, M. M. (eds.), *Direitos humanos, democracia, e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Lumen Juris, 2011.
- BRAUCH, J. A. *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of law*. En *Colum. J. Eur. L.* 2004, 11, 113.
- BREMS, E. *SAS v. France: A Reality Check*. En *Nottingham L. J.* 2016, 25, 58.
- BURGORGUE-LARSEN, L. *The added value of the Inter-American Human Rights System: Comparative thoughts*. En VON BOGDANDY, A. et al. (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- CLÉRICO, L. *Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica*. En AGUILÓ REGLA, J. y GRÁNDEZ CASTRO, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, 2017, 127-151.
- CLÉRICO, L. y ALDAO, M. *La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Estudios Constitucionales*. 2011, 9, n.º 1, 157-198.
- CLÉRICO, L. y ALDAO, M. *Límites del margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 2018, n.º 6.
- COHEN, J. *Deliberative democracy*. En *Deliberation, Participation and Democracy*. Londres: Palgrave Macmillan, 2007, 219-236.
- CONTESSÉ, J. *Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System*. En *Law and Contemporary Problems*. 2016, 79, 2, 124-145.
- CONTRERAS, P. *Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Ius et Praxis*. 2014, 20, n.º 2, 235.
- CHRISTOFFERSEN, J. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Brill, 2009.
- DOWNS, A. *An economic theory of political action in a democracy*. En *Journal of Political Economy*. 1957, 65, n.º 2, 135-150.
- DZEHTSIAROU, K. *European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights*. En *German L. J.* 2011, 12, 1730.
- FØLLESDAL, A. *Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights*. En *International Journal of Constitutional Law*. 2017, 15, n.º 2, 359-371.

- FRASER, N. *Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente*. En *Revista Ecuador Debate*. 1999, 46.
- GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*. Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- GARRETT, E. *Money, agenda setting, and direct democracy*. En *Tex. L. Rev.* 1998, 77, 1845.
- GERARDS, J. *Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine*. *European Law Journal*. 2011, vol. 17, n.º 1.
- GERARDS, J. *The Draft Copenhagen Declaration and the Court's dual role. The need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation*. En *Strasbourg Observers*. [En línea]. 2018. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2018/02/28/the-draft-copenhagen-declaration-and-the-courts-dual-role-the-need-for-a-different-definition-of-subsidiarity-and-the-margin-of-appreciation/> [Consultado el 1.º de enero de 2019].
- GERARDS, J. *Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights*. En *Human Rights Law Review*. 2011, 18, 3, 495-515.
- GREER, S. C. *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 1997.
- GREER, S. *Constitutionalizing adjudication under the European Convention on Human Rights*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. 2003, vol. 23, n.º 3.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D. F. *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, 1998.
- HABERMAS, J. *Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional*. En HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. 1998.
- HABERMAS, J. *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*. En *Polis. Revista Latinoamericana*. 2005, n.º 10.
- HUNT, M.; HOOPER, H. y YOWELL, P. (eds.). *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*. Bloomsbury, 2015.
- IGLESIAS VILA, M. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. En *Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges*. 2013.
- KRATOCHVILL, J. *The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights*. En *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2011, 29, n.º 3.
- KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford University Press, 2010.
- LEWIS, T. *Animal Defenders International v. United Kingdom: sensible dialogue or a bad case of Strasbourg jitters?* En *The Modern Law Review*. 2014, 77, n.º 3, 460-474.
- MANSBRIDGE, J. J. *Beyond Adversary Democracy*. University of Chicago Press, 1983.

- MARX FERRÉE, M. et al. *Four models of the public sphere in modern democracies*. En *Theory and Society*. 2002, 31, n.º 3, 289-324.
- MCCOMBS, M. *The agenda-setting role of the mass media in the shaping of public opinion*. En *Mass Media Economics 2002 Conference*. London School of Economics, 2002.
- MCGOLDRICK, D. *A Defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*. En *International & Comparative Law Quarterly*. 2016, 65, n.º 1, 21-60.
- MOWBRAY, A. *A study of the principle of fair balance in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*. En *Human Rights Law Review*. 10, 2, 2010.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, 1997.
- NOWAK, M. *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*. Universidad de Buenos Aires, 2009.
- OLIVER-LALANA, D. (2016). *On the (judicial) method to review the (legislative) method*. En *The Theory and Practice of Legislation*. 2016, 4, 2, 135-153.
- OLIVER-LALANA, A. D. y MEBERSCHMIDT, K. *On the “Legisprudential Turn” in constitutional review: An introduction*. En *Rational Lawmaking under Review*. Springer, Cham, 2016, 1-16.
- PARRA VERA, Ó. *Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En SANTOLAYA, P. e WENCES, I. (coords.), *La América de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- PÉREZ, A. *Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre democracia y derechos?* En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 2017, 15, 1.
- PÉREZ FLORES, F.; CUNHA FILHO, C. M. y COELHO, A. L. *Participación ampliada y reforma del Estado: mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela*. En *OSAL*, 2010, 27, 73-95.
- PIOVESAN, F. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. En GOMES, L. F. y PIOVESAN, F. (coords.), *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SÁNCHEZ MOLINA, P. *Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2015.
- SAUL, M. *The European Court of Human Rights’ margin of appreciation and the processes of national parliaments*. En *Human Rights Law Review*. 2015, 15, n.º 4, 745-774.
- SAUL, M.; FØLLESDAL, A. y ULFSTEIN, G. (eds.). *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Europe and Beyond*. Cambridge University Press, 2017.
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. 1984.

- SIECKMANN, J.-R. *Autonomía moral y legitimidad democrática*. En *Discusiones*. xvii, 119.
- SPANO, R. *Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity*. En *Human Rights Law Review*. 2014, 14, 3.
- SPANO, R. *The future of the European Court of Human Rights. Subsidiarity, process-based review and the rule of law*. En *Human Rights Law Review*. 2018, 18, 473-494.
- VILJANEN, J. *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights*. Tampere University Press, 2003.
- VON BOGDANDY, A. y VENZKE, I. *In whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: OUP, 2014.
- YOUNG, I. M. *Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship*. En *Ethics*. 1989, 99, n.º 2, 250-274.

Jurisprudencia

- A, B and C v. Ireland*, E.C.H.R. 2032, (2011).
- Anchugov and Gladkov v. Russia*, 2013 E.C.H.R. 638 (2013).
- Animal Defenders International v. U.K.*, 57 E.H.R.R. 21, 2013 E.C.H.R. 362 (2013).
- Castañeda Gutman v. México*, 2005 Corte IDH (ser. C) 184 (2008).
- Countryside Alliance v. U.K.*, 50 E.H.R.R. S.E. 6 (2010).
- Dudgeon v. U.K.*, 1981 E.C.H.R. 5 (1981).
- Draon v. France*, 42 E.H.R.R. 40; [2005] E.C.H.R. 679; (2006).
- Evans v. U.K.*, 46 E.H.R.R. 34, 2007 F.C.R.2 5 (2008)
- Friend v. U.K.*, 50 E.H.R.R. S.E. 6 (2010).
- Hirst v. U.K. (No. 2)*, 42 E.H.R.R. 41 (2006).
- Lautsi v. Italy*, 54 E.H.R.R. 3, 54 Eur. Ct. H.R. 3 (2012).
- Lindheim and Others v. Norway*, 12 E.C.H.R. 985 (2012).
- Lingens v. Austria*, 103 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 26 (1986).
- Maurice v. France*, E.C.H.R. 683 (2005).
- Malone v. U.K.*, 7 E.H.H.R. 14, 1984 E.C.H.R. 8691, 5 E.H.R.R. 385 (1984).
- Mellacher v. Austria*, 12 E.H.R.R. 391 (1989).
- Murphy v. Ireland*, 98 E.C.H.R. 2003.

Norris v. Ireland, 13 E.H.R.R. 186 (1991).

Otto-Preminger-Institut v. Austria, 295 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 1 (1994).

Rees v. U.K., 9 E.H.R.R. 56 (1986).

SAS v. France, 2014 E.C.H.R. 695, 2014 I.I.I. Eur. Ct. H.R. 341 (2014).

S. and Marper v. U.K., 48 E.H.R.R. 50, 2008 E.C.H.R. 1581 (2009).

Sahin v. Turkey, 2005 X.I. Eur. Ct. H.R. 173 (2005).

Silver v. U.K., 5 E.H.R.R. 347 (1983).

Soering v. U.K., 11 E.H.R.R. 439, 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 34 (1989).

The Sunday Times v. U.K., 2 E.H.R.R. 245 (1979).

TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway, 2008 E.C.H.R. 21132 (2008).

United Communist Party of Turkey v. Turkey, 26 E.H.R.R. 121 (1998).

VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, 34 E.H.R.R. 4 (2002).

Wingrove v. U.K., 1996 E.C.H.R. 1996, 1996 Eur. Ct. H.R. 60 (1996).

Yatama v. Nicaragua, 2005 Corte IDH (ser. C) 127 (2005).

Young, James and Webster v. U.K., E.C.H.R. 4 (1981).