

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

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Roberto Lara Chagoyán ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Año 4, número 6 enero-junio 2018. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018-. volumen ; 22 cm.

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional -- Doctrina -- Publicaciones periódicas -- México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación -- Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Lara Chagoyán, Roberto II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año IV, Núm. 6, enero-junio 2018, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx, rlarac@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Roberto Lara Chagoyán. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

Impresa por Impresores en Offset y Serigrafía, S.C. de R.L. de C.V., calle Pascual Orozco núm. 53, Colonia Barrio San Miguel, Alcaldía Iztacalco, C.P. 08650, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2018, con un tiraje de 3,000 ejemplares.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

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



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

LÍMITES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y POBREZA*

LIMITS OF THE MARGIN OF APPRECIATION
FROM A GENDER PERSPECTIVE AND POVERTY

Laura Clérico**

Martín Aldao***

Everybody knows the fight was fixed
The poor stay poor, the rich get rich
That's how it goes
Everybody knows.
(Leonard Cohen, "Everybody Knows", 1988)

By the way, where could the applicant move to, had she decided not to stay on the same property? To a more well-off area? Come on. As 'everybody knows', this would not be 'how it goes'.
(Juez Kúris en TEDH, Caso GARIB vs. Países Bajos, 6.11.2017, párr. 11)

Resumen

La doctrina del margen de apreciación estatal parece seguir marcando tendencia en tanto catalizador de las tensiones que atraviesan a las Cortes regionales de derechos

* Agradecemos a Celeste Novelli la atenta lectura del manuscrito.

** Abogada (UBA), LL.M. y Doctora en Derecho (Univ. de Kiel). Investigadora CONICET. Profesora de Derecho Constitucional (UBA); Profesora (contratada) de Derechos Humanos y Derechos Constitucional Comparado (Univ. Erlangen/Nürnberg). Contacto: lauraclerico@yahoo.com

*** Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Investigador CONICET. Docente Derecho Público (UBA). Contacto: maldao@derecho.uba.ar

humanos. En este trabajo cuestionamos la doctrina del margen de apreciación en tanto aún no da cuenta de sus propias limitaciones, en particular su incapacidad para registrar el impacto de medidas generales en los derechos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Sostenemos que no advertir las limitaciones de la doctrina implica legitimar las relaciones de poder desiguales en el orden interno, lo que genera efectos excluyentes, como demostramos a través de un estudio de caso de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre impacto de políticas de gentrificación. Concluimos que las Cortes regionales de Derechos Humanos no pueden perder su función de foros de reconocimiento de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las políticas que las afectan en el ámbito interno. Advertimos que estas complejidades deberían ser especialmente tenidas en cuenta en el ámbito interamericano cuando se propone la transferencia de la doctrina del margen de apreciación a la europea, bien en su versión tradicional o remozada que incluye el giro procedimental.

Palabras clave: Margen de apreciación, género, pobreza, Cortes regionales de protección de los derechos humanos, desigualdad.

Abstract

The margin of appreciation doctrine is playing an increasingly significant role in regional courts of human rights case law, probably for its suitability as a catalyst for the tensions traversing regional human rights systems. In this paper we question the margin of appreciation doctrine, as it has not been accounted for its own limitations yet, in particular its shortcomings in accounting for the impact of general measures on the rights of people who are in a situation of vulnerability. We claim that this inability to acknowledge the limitations of the doctrine implicitly legitimizes the unequal power relations at the domestic level, which generates excluding effects; for example, on women and children in situation of poverty, as we demonstrate through a case study of a judgment of the European Court of Human Rights on the impact of politics of gentrification. We conclude that the Regional Human Rights Courts cannot forfeit their function as forums for recognition of voices that are stigmatized and made invisible in internal orders, voices which are not on equal political standing in the domestic level. We warn that these complexities should be especially accounted for in the inter-American

context when proposing the transfer of the margin of appreciation from the European context, either in its traditional or revamped version that includes the procedural turn.

Keywords: Margin of appreciation, gender, poverty, regional courts for the protection of human rights, inequality.

1. Introducción: ¿el margen de apreciación del TEDH como canto de sirenas para la academia interamericana?

Las Cortes regionales de protección de derechos humanos parecen encontrarse tironeadas de los dos extremos de una soga. Por un lado, las afectadas y las organizaciones de derechos humanos les recuerdan que debe interpretarse la Convención como un instrumento vivo y permanecer abiertas a los nuevos contenidos de los derechos que se ganan a fuerza de discusión. Por el otro lado, los Estados les recuerdan que sólo están habilitadas para interpretar en el marco de los contenidos consentidos y, que además de ello, le asiste a los Estados un margen de apreciación para determinar cómo proteger los derechos humanos. En suma, se encuentran la interpretación dinámica y la autonomía de las Cortes regionales *versus* la posición deferente de los tribunales frente a los Estados.

Por caso, las respuestas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a estos tironeos no parecen ser a todo o nada, en favor o en contra de cada uno de los extremos. De acuerdo con los contextos, las respuestas toman nuevas caras. Reconocen diferentes tiempos y velocidades. El TEDH desarrolla cintura.¹ Una de las respuestas a esta tensión fue catalizada a través de la doctrina

¹ En un trabajo relativamente reciente, De Londras y Dzehlsiarou advierten que las líneas jurisprudenciales innovadoras generaron "una tensión entre la Corte y las partes contratantes que posiblemente puede poner en tela de juicio el apoyo difuso de los Estados a la Corte". Sostiene que estas tensiones fueron abordadas a través de diversas estrategias, por un lado, a través de la gestión y manejo de los expedientes; luego, a través de la consideración de factores extralegales para comprender la relevancia de algunos casos particularmente controvertidos y, finalmente, a través del uso de la interpretación basada en el consenso europeo. Los autores

del margen de apreciación de los Estados desarrollada por el TEDH. Últimamente algunos vislumbran que el TEDH respondió a esas tensiones profundizando la aplicación de un criterio de delimitación del margen de apreciación de los Estados de corte procedimental² (por ejemplo, en el caso *Animal Defenders contra Reino Unido*).³ El criterio se refiere al debate democrático o judicial que la cuestión discutida recibió en el orden interno. El giro procedimental está anunciado en la siguiente fórmula: "Cuando las autoridades nacionales hayan llevado a cabo el ejercicio de ponderación de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, el Tribunal requeriría fuertes razones para sustituir su punto de vista por el de los tribunales nacionales."⁴

El objetivo de este trabajo no es ahondar en esta discusión, sino desafiarla desde una perspectiva de género en intersección con pobreza. Es decir, la pregunta es, en qué medida los criterios de *Animal Defenders* aplicados para evaluar una medida general que afecta especialmente a mujeres jefas de familia, pobres, logra tomar en serio la cuestión de género.⁵ Para ello, nos detenemos en la aplicación de los criterios de *Animal Defenders* en el caso Garib contra Países Bajos⁶ sobre interferencia al derecho de elección del lugar de residencia de una mujer y sus niños en la ciudad de Rotterdam por una norma general, la cual establecía una regulación basada en el nivel de ingresos provenientes de un

parecen sostener el carácter necesario de este modelo. Sin embargo, a renglón seguido, advierten las críticas que con razón se han referido al uso de estas estrategias. Por un lado, implica una pérdida en la calidad del razonamiento jurídico de las sentencias. Por el otro lado, estas estrategias dejan contentos a los Estados; sin embargo, no toman en cuenta las expectativas justificadas de las organizaciones de derechos humanos y, por supuesto, la de los propios afectados. Cfr. Fiona De Londras y Kanstantsin Dzehtsiarou, "Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, 2015, p. 523.

² Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 487-502.

³ TEDH, *Caso Animal Defenders Internacional c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013.

⁴ TEDH, *Caso Von Hannover c. Alemania* (No. 2), de 7 de febrero de 2012, párr. 107.

⁵ Sobre la jurisprudencia del TEDH relacionada con pobreza, véase Laurence Lavrysen, "Strengthening the Protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 293-325.

⁶ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), sentencia 43494/09, de 23 de febrero de 2016.

trabajo formal y en el tiempo de residencia en la zona. Sostenemos así que los criterios establecidos en *Animal Defenders* requieren ser repensados desde una perspectiva de género en intersección con la situación de pobreza.

Esta discusión no es sólo relevante para el ámbito regional en el que se aplica *Animal Defenders*, sino también para el interamericano. Es conocido que el TEDH utiliza con frecuencia el margen de apreciación de los Estados no así la Corte IDH.⁷ Sin embargo, la versión del margen de apreciación a la *Animal Defenders* está adquiriendo cierta relevancia en el ámbito interamericano,⁸ no así las limitaciones que presenta a la luz de la perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. Las discusiones sobre estas limitaciones son de importancia tanto para el contexto europeo⁹ como para el interamericano.

Para sostener nuestra tesis reconstruimos la versión estandarizada del margen de apreciación (apartado 2) para confrontarla con la versión remozada de *Animal Defenders* por ser este el caso paradigmático en el giro procedimental del margen

⁷ Laurence Burgorgue-Larsen sostiene que es correcta la negativa de la Corte IDH a "importar" la doctrina del margen de apreciación. Sostiene que la propia práctica europea demuestra que aún hoy se discute la aplicación correcta del margen de apreciación, que sigue siendo imperfecta en cuanto a técnica y una ventana de oportunidad por donde se cuele la arbitrariedad judicial del TEDH. Véase Laurence Burgorgue-Larsen, "The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts", en Armin Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, OUP, Oxford, p. 408; y Antonio Cancado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2008, pp. 389-90.

⁸ Cfr. Oscar Parra Vera, "Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 565-606; Jorge Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", *Law & Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016, pp. 123; Andreas Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 359-371.

⁹ Laurence Lavrysen, "Strasbourg Court Fails to Acknowledge Discrimination and Stigmatization of Persons Living in Poverty", *Blog Strasbourg Observers*, 10 de marzo de 2016. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última visita 06 de marzo de 2018).

(apartado 3).¹⁰ En el siguiente apartado analizamos en forma crítica la doctrina de *Animal Defenders* desde la perspectiva de género en intersección con pobreza. El centro es el análisis del caso *Garib contra Países Bajos* para mostrar los problemas de la transferencia del estándar de *Animal Defenders* (apartado 4). Esto nos permite sostener en las conclusiones (apartado 5) que se requiere mayor debate de *Animal Defenders* desde perspectivas de género que tomen en serio la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural.¹¹

2. El margen de apreciación del Estado en el TEDH

El margen de apreciación es una doctrina que ha generado una prolífica producción académica y jurisprudencial¹² por el TEDH. Según la doctrina del margen,

¹⁰ Martín Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad", 2018, ms.

¹¹ Al respecto I. Young sostiene que "...la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...", véase Iris Young, *Responsibility for Justice*, OUP, Oxford, 2011, p. 69.

¹² El desarrollo clásico y, a su vez, polémico de la doctrina del margen de apreciación se refleja en la seguidilla de, por lo menos, dos casos del TEDH: el caso *Lawless c. Irlanda*, del 7 de abril de 1961 y caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976. En el caso *Lawless c. Irlanda*, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En el caso se trataba de la aplicación del artículo 15 del CEDH que establece que "en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el (...) Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional." El TEDH reconoció que los Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada "derogación" temporal. García Roca sostiene el origen trágico o, cuando menos, dramático del margen, en una situación de emergencia y de suspensión de derechos. "Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad (...) Mas puede que no sea cabal utilizar como instrumento de control ordinario una herramienta surgida en supuestos de hecho tan drásticos..." Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas. Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen o no reconocer a los Estados en la aplicación del art. 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que la CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier

las autoridades nacionales estarían mejor posicionadas que el TEDH, en principio, para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal atacada. Esto implica algunas cosas.

- a) La primera, el TEDH estaría llamado a cumplir una doble función:¹³ por un lado, desarrollar los estándares generales de derechos humanos a través de su jurisprudencia para que los Estados lo utilicen como norte en el orden interno y así compatibilicen sus acciones con la Convención.¹⁴ Por el otro lado, es red de contención en los casos individuales, si los Estados desconocen esos estándares, el TEDH estaría llamado a realizar justicia en el caso concreto, identificando la violación al derecho y condenado al Estado. Cumple así, por lo menos, una doble función.

ponderación en tiempos normales o de emergencia). Javier García Roca, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 122. En el caso *Handyside c. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado "Pequeño Libro Rojo". El art. 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que "los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación. (...) va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su "necesidad". Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. (...) Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una "sociedad democrática". De nuevo, en este caso se evalúa restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controla las razones alegadas por el Estado. Véase TEDH, *Handyside c. Reino Unido* (1976), párrs. 48-49. Rivers advierte que el margen es aún objeto de disputa, *cfr.* Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182; *cfr.* Andreas Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation...", *op. cit.*, p. 367.

¹³ *Cfr.* Janneke Gerards, "The Draft Copenhagen Declaration and the Court's dual role—The Need For A Different Definition of Subsidiarity and the Margin of Appreciation" en <https://strasbourgobservers.com>, 28 de febrero de 2018, (última consulta 01/03/2018), advirtiendo que, no es claro cuál de estas dos funciones es la más importante.

¹⁴ Arnardóttir reivindica el principio de *res interpretata* (en referencia a los arts. 1, 19 y 32 CEDH), el cual genera una obligación jurídica para los Estados contratantes de tener en cuenta todo el contenido del *corpus* de derecho jurisprudencial del TEDH cuando tienen que cumplir con las obligaciones que surgen de la CEDH. Véase Oddný Mjöll Arnardóttir, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre de 2017, pp. 819-843.

- b) La segunda, las autoridades nacionales deben realizar el examen de la necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad).¹⁵
- c) La tercera, el TEDH controla ese examen, es decir, *controla si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos en juego*.¹⁶
- d) La cuarta, ese control admite diversas intensidades. El TEDH reconoce al Estado un margen de apreciación, *El margen admite diversos grados*. Así, del alcance del margen que el TEDH le otorgue al Estado dependerá la intensidad con que controle las razones estatales. Si se reconoce un amplio margen a los Estados, la contracara es la posición deferente con que el TEDH analizará la justificación estatal. Por el contrario, si el margen es mínimo, el TEDH la escrutará en forma bien intensiva. A su vez, se podrían reconstruir escrutinios intermedios por medio de la utilización de escalas: amplio, intermedio, estrecho.

¹⁵ El examen de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia ha sido reconstruido con variantes por la academia especializada. Esto se debe, en parte, a que el TEDH no siempre ha sido coherente en su aplicación. Una de las reconstrucciones más recientes, propuesta por Follesdal, incluye cinco pasos o preguntas: a) si el fin estatal es legítimo; b) cuán importante es el derecho afectado como pilar de una sociedad democrática; c) qué/ cuán intensiva es la restricción al derecho; d) si la restricción al derecho es necesaria; y, por último, e) si las razones ofrecidas por el Estado son relevantes y suficientes. Cfr. A. Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation...", *op. cit.*, p. 365.

¹⁶ En cuanto a su ámbito de aplicación general, la doctrina del margen se desarrolla en el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limitados. Se trata, por ejemplo, de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, al derecho a casarse, entre otros (8 a 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante, CEDH). El margen no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas (art. 2o. y 3o. CEDH); la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (art. 3o. CEDH); la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzado (art. 4o. CEDH). Respecto de todas estas prohibiciones, los Estados no tienen margen de apreciación, no hay posibilidad de ponderación alguna.

El TEDH fue estableciendo los criterios¹⁷ para la determinación del alcance del margen de apreciación en el caso. En su versión tradicional el alcance depende:

- a) del tipo de derecho restringido,¹⁸
- b) de su importancia,
- c) de la intensidad de la interferencia,
- d) del objeto de la interferencia,
- e) de la existencia de consenso europeo en la cuestión debatida,
- f) del tipo de obligación estatal y
- g) del tipo de interés estatal que se persiga con la medida.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

¹⁷ TEDH, caso *Marper c. Reino Unido*, 30562/04 y 30566/04, de 14 de diciembre de 2008, párr. 102: "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 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..."

¹⁸ El tipo de derecho restringido es un factor importante para la determinación del margen. De ahí que hoy en día se pueda hablar de desarrollos de dogmáticas especiales del margen de apreciación de acuerdo con el derecho en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión, el TEDH sostiene que el margen depende "del tipo de expresión en cuestión". Así, de su jurisprudencia surge que hay poco margen para: a) "las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate sobre asuntos de interés público", como así también que b) el margen "está también limitado por el gran interés de una sociedad democrática a permitir a la prensa desempeñar su papel vital de 'perro guardián'". TEDH, caso *Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013, párr. 102. Si el margen es limitado, el Tribunal examinará cuidadosa e intensamente la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. De esta forma podríamos seguir desarrollando el alcance del margen en relación con cada uno de los derechos limitables; sin embargo, este desarrollo excede el objeto de este trabajo. Cfr., en general, Pablo Contreras, "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, p. 235; sobre libertad religiosa véase, Marisa Iglesias, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional". Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/ultima_fecha_de_consulta_17_de_octubre_de_2017_y_Eva_Brems_The_Logics_of_Procedural_Type_Review_by_the_European_Court_of_Human_Rights.pdf, en Janneke Gerards y Eva Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, CUP, Cambridge, 2017.

El uso del margen de apreciación de los Estados por el TEDH ha generado adeptos y críticos. Por un lado, se la ha criticado su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias;¹⁹ por su uso como una carcasa²⁰ para obtener la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho;²¹ por otro lado, se la ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados y por permitir mostrar la pluralidad europea.²²

¹⁹ M. Iglesias Vila propone una versión racionalizada del margen. Véase, Iglesias Vila, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH...", *op. cit.*

²⁰ A la luz de un análisis cualitativo de la jurisprudencia reciente del TEDH, J. Gerards muestra que la doctrina del margen de apreciación está siendo utilizada en forma más retórica que sustancial, en tanto que rara vez está directamente conectada con la determinación de la intensidad del escrutinio de la restricción al derecho en juego. Por el contrario, parece determinar la intensidad de control dependiendo de las circunstancias de cada caso. Véase, Janneke Gerards, "Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2018 (en prensa).

²¹ La enunciación del margen parece anunciar la evasión de realizar una justificación coherente y suficiente de la sentencia. Como sostiene Zucca en crítica al caso *Lautsi y otros c. Italia*, del CEDH: "La Gran Sala no expone sus razones, (...) la evaluación es corta y brutal y consiste sólo en veinte párrafos cortos, donde la Corte simplemente se esconde detrás de la pantalla del margen de apreciación, eufemismo lacónico por deferencia a las autoridades nacionales. Es cierto que la deferencia sirve el propósito de legitimar a la corte internacional frente a la feroz crítica nacional, (...) Sin embargo, lo que el TEDH no parece entender es que su legitimidad como tribunal internacional depende en gran medida de la calidad de su razonamiento, que debe considerarse como ejemplares en articulación y profundidad. Sin esas cualidades, cualquier decisión es una derrota para la justicia aunque sea una victoria pírica para la respetabilidad institucional." Lorenzo Zucca, "Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1, 2013, p. 229 (cursiva agregada). En *Lautsi c. Italia* los reclamantes consideraban que la presencia de crucifijos en las aulas de centros de enseñanza pública violaba la libertad religiosa y el derecho a la educación de sus hijos. La Gran Sala del TEDH decidió que no había violación de los derechos alegados. Sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, esta decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un "consenso europeo" sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas. Por todo ello el TEDH realiza un escrutinio leve del accionar estatal. TEDH, *Lautsi y otros c. Italia*, núm. 30814/06, 2011, párr. 70. *Cfr.* Kanslantsin Dzehislarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, CUP, Cambridge, 2015.

²² R. Spano, "Universality or Diversity of Human Rights?", art. cit.

3. El margen de apreciación remozado.

El giro procedimental: *Animal Defenders* re-visitado desde una mirada crítica

Recientemente el margen de apreciación ha recibido nuevos impulsos.²³ En especial, la calidad de debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido enfatizada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International contra Reino Unido* de 2013.²⁴

En *Animal Defenders* se trata de determinar la convencionalidad de la aplicación de una restricción genérica sobre la publicidad política a una publicidad cuyo propósito es generar conciencia sobre el maltrato animal. Las partes disientan en cuanto a que una publicidad sobre maltrato animal fuera de la clase que el Estado había querido restringir con el propósito de impedir la interferencia de la lógica del mejor postor en el debate político.

El voto mayoritario sostiene que, siempre que el proceso legislativo y la posterior revisión jurisdiccional hayan sido "pertinentes y suficientes",²⁵ corresponde otorgar al Estado un amplio margen, aun cuando esto implique dificultades en casos especiales.²⁶ Entonces, para el TEDH se trata de controlar la "proporcionalidad de una medida de carácter general".²⁷ Para la determinación del "margen de discrecionalidad adecuado" entiende que tiene especial importancia:

²³ *Ibidem*, p. 14.

²⁴ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013.

²⁵ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22 de abril de 2013, párr. 125.

²⁶ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22 de abril de 2013, párrs. 106 y 107. Véase Eva Brems, y Laurence Lavrysen, "Don't use a Sledgehammer to Crack a Nut": Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, pp. 139-168.

²⁷ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108. El problema radica en que el TEDH estaría dejando de controlar intensivamente si son suficientes y necesarias las razones estatales para la restricción del derecho en el caso, se limita a controlarlo en general. Además, con el siguiente agregado: "... cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida general, menor será la importancia

- a) La calidad del examen parlamentario sobre la necesidad de una medida tomada a nivel nacional,²⁸
- b) la calidad del examen judicial sobre una medida tomada a nivel nacional,²⁹
- c) el potencial riesgo que puede suponer la flexibilidad de una medida general, este riesgo es un factor que corresponde al Estado apreciar.³⁰

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

Las razones del TEDH son las siguientes: por un lado, la reglamentación general que establece la prohibición fue ampliamente debatida en el ámbito parlamentario (tanto en el recinto como en las comisiones). Por el otro lado, sostuvo que los tribunales nacionales habían tenido en cuenta las normas de la Convención y la jurisprudencia del TEDH pertinente en la materia para sostener la necesidad de la medida general atacada. Por último, consideró que el Estado se encuentra en una mejor posición para evaluar los inconvenientes de flexibilizar una medida de alcance general. Todo esto le lleva entonces a concluir que el Estado no ha sobrepasado el margen de apreciación que se le reconoce en el caso.

La literatura habla de un giro procedimental del margen y del examen de proporcionalidad por el énfasis en la dimensión formal³¹ y también de un giro democrático del margen de apreciación en tanto el centro está ahora también

que la Corte atribuya a su repercusión en el caso concreto" (párr. 109). El voto en disidencia critica que la mayoría haya dejado de hacer un análisis intensivo de las razones de la restricción en el caso concreto y un examen de medios alternativos. Voto en disidencia de los Jueces Tulkens, Spielmann y Lafranque en TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párrs. 4-20.

²⁸ Cfr. Matthew Saul, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015, pp. 745-774.

²⁹ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Cfr. E. Brems, "The 'Logics' of Procedural-Type Review...", *op. cit.*; Aileen Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory", en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.

puesto en el examen parlamentario y su calidad.³² De entre las numerosas críticas que ha recibido este criterio, a los efectos de este trabajo interesan dos. Por un lado, se trata de una crítica funcional; no se ataca la versión del margen en cuanto a sus presupuestos, sino las complejidades que presenta en cuanto a su aplicación y las pistas escasas e incluso ambiguas que surgen de la jurisprudencia del TEDH.³³

Una segunda crítica a *Animal Defenders*, en la que nos enrolamos, ataca los presupuestos teóricos de la doctrina del margen de apreciación en función de las consecuencias prácticas de su aplicación.³⁴ La deferencia hacia los Estados basada en la supuesta deliberación democrática en el orden interno en general, implica la indiferencia del TEDH respecto de la posición de las poblaciones o grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural.³⁵ En otro texto hemos mostrado que si bien el objetivo de la norma sobre regulación de la pauta publicitaria en materia política es plausible, el problema reside en que el TEDH en *Animal Defenders* no considera cómo esa norma afecta en el caso concreto las posibilidades de participación real en el debate democrático de una asociación con una agenda que no responde a la de la clase de asociaciones políticas mayoritarias o de medios masivos cuya influencia la norma británica pretendía contrapesar. El TEDH ya había reconocido un amplio margen de apreciación al Estado en la materia, en tanto se trataba de prevenir las distorsiones generadas

³² M. Saul, "The European Court of Human Rights", *op. cit.*; A. Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary...", *op. cit.*; Leonie Huijbers, "The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity", *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 177-201.

³³ Un estudio empírico reciente sobre esta línea jurisprudencial arroja como resultado que: hay variación en el grado con que el TEDH toma en cuenta la conexión entre margen de apreciación y proceso parlamentario. El TEDH no ha expresado claramente los criterios que aplica para determinar la "calidad" del proceso legislativo en el que se aprobó la medida general atacada por incompatible con la Convención, aunque es posible determinar aspectos que el TEDH consideró evaluables, aunque reitera varían de caso en caso. Véase M. Saul, "The European Court of Human Rights", *op. cit.*

³⁴ Véase E. Brems y L. Lavrysen, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut'...", *op. cit.*

³⁵ Christine Landfried, "Internationale Gerichte und nationale Demokratie", en Croissant, A. *et al.*, *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2017, pp. 371-385.

por los grandes grupos económicos (*anti-distortion rationale*)³⁶ en un área como la publicidad que se encuentra razonablemente sujeta a una fuerte regulación estatal (*power of broadcasting rationale*).³⁷ Sin embargo en *Animal Defenders* se requiere un notable esfuerzo 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 política.³⁸ Por el contrario, el caso de *Animal Defenders* es claramente una de las excepciones que el TEDH venía reconociendo al principio de deferencia en la regulación de la publicidad política. En esos casos el TEDH, a través de un escrutinio intenso de la medida (sus efectos sobre el reclamante), matizaba la potestad reglamentaria de la publicidad política cuando en el caso concreto la naturaleza del actor cuyas ideas ven restringida su circulación no eran de la clase de medios mayoritarios cuya influencia las normas reglamentarias sobre publicidad política pretenden contrapesar.³⁹

En suma, la regla que surge de *Animal Defenders* dice que el TEDH no va a analizar la vulneración en concreto del derecho cuando la medida general impugnada haya sido precedida por un amplio debate legislativo y una revisión judicial comprensiva. Esta regla requiere ser desafiada desde una perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. En el apartado siguiente adelantamos los presupuestos teóricos de nuestra crítica para luego aplicarlos al análisis de un caso de una mujer, madre de dos niños, que se le niega un permiso para habitar una zona de Rotterdam por no acreditar un ingreso proveniente de un trabajo formal (recibía ayuda social y se encontraba en situación de pobreza) y no alcanzar un plazo mínimo de residencia (seis años) en el lugar.

³⁶ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 61.

³⁷ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 69.

³⁸ Véase M. Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia...", *loc. cit.*

³⁹ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 70 y 71; y TEDH, *TV Vest As and Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*, del 2008, párr. 73. Para una discusión de los estándares, véase M. Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia...", *loc. cit.*

4. Los límites del margen de apreciación desde una mirada de género en intersección con pobreza

La historia de los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos es también una historia de los sistemas nacionales de vulneración de los derechos humanos. Si en su momento fue necesaria una Declaración Universal de los Derechos Humanos, y más adelante se desarrollaron órganos regionales de control jurisdiccional es porque una y otra vez los Estados han demostrado que el respeto de la dignidad humana no puede quedar librado únicamente a la buena voluntad de las autoridades nacionales.⁴⁰ En este sentido persisten en todas las sociedades patrones estructurales de vulneración de los derechos humanos, anclados en diversas variables de segregación social (género, clase, etnia, edad, situación de discapacidad, migración, situación de desplazamiento forzado, etc.) que mantienen y profundizan las desigualdades sociales.⁴¹ A su vez estos patrones se encuentran fuertemente naturalizados en tanto dichas jerarquías estructuran los espacios de reproducción social.⁴² Desde este enfoque se trata de complementar la interpretación de la democracia como el intercambio institucionalizado de argumentos (deliberación parlamentaria) con la necesidad

⁴⁰ Manfred Nowak, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, en esp. cap. 3.

⁴¹ Cfr. Nancy Fraser, *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona, 2008; Laura Clérico y Celeste Novelli, "The Inclusion of the Social Question within the Gender Perspective. Notes to Rewrite 'Cotton Fields'", *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersetia, Ghent, 2017, pp. 313-333; Sandra Fredman, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1 junio de 2016, pp. 1-29.

⁴² 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 social. Cfr. Iris Marion Young, "Polity and Group Difference: A Critique of the ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274. 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 y 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 humanos.

de revisar constantemente la sensibilidad del registro institucional (paridad en la participación).⁴³ Así es que es preciso compensar la tendencia segregatoria de los sistemas políticos locales y nacionales a través de instancias de revisión independientes de las dinámicas locales de poder.⁴⁴

En esta línea el examen de proporcionalidad⁴⁵ permite exponer el andamiaje argumentativo de una norma/política pública/sentencia. Al analizar por separado y en detalle la medida en relación con el fin estatal perseguido, la medida en comparación con otras medidas y el modo en que la medida interactúa con el resto del andamiaje normativo es posible identificar las inconsistencias en la argumentación y exponer los intereses encubiertos y los sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de los poderes institucionalizados.⁴⁶ En este marco, la omisión del examen

⁴³ Según Fraser, para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra intersubjetiva. De acuerdo con la condición objetiva, la "distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la 'voz' de todos los participantes". De acuerdo con la condición intersubjetiva, "los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social". Véase Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁴⁴ Abramovich sostiene que la función del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consiste "en dar más voz a los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales." Véase Victor Abramovich, "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-230.

⁴⁵ El examen estándar y estructurado de proporcionalidad comprende cuatro pasos: a) si la medida estatal que restringe el derecho afectado persigue un fin "legítimo", b) si esa medida logra promover el fin (idoneidad), c) si pudo haber sido evitada la restricción a través de un medio alternativo (medios alternativos), d) si la intensidad de restricción del derecho se encuentra en una relación proporcional con las razones que hablan a favor de la promoción del fin o del derecho en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). Véase Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, entre otras.

⁴⁶ Véase A. Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary Debates...", *op. cit.*; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad...*, *op. cit.* Como señala H. Samuels, la estructura del examen de proporcionalidad permite una "aproximación interactiva" al universalismo, de modo tal que asegura que los principios normativos predominantes en el sistema jurídico preservan su peso, pero su aplicación al caso concreto queda abierta a

de proporcionalidad en un caso concreto refuerza la condición de invisibilidad a la que estos sectores se encuentran sujetos, para luego delegar la solución del problema sobre los agentes (gobiernos nacionales) que desde el vamos no se han ocupado del tema. En la sección que sigue mostraremos que las consecuencias prácticas de la transferencia miope de *Animal Defenders* al caso Garib sobre acceso a la vivienda y gentrificación resultan trágicas para los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

5. El margen desde los márgenes. La petrificación de las marginaciones sociales: Garib vs. Países Bajos (2017), sentencia de la Gran Sala del TEDH

El caso trata de una mujer, jefa de hogar, que vive con dos niños en el barrio de Tarwewijk en Rotterdam en un departamento alquilado desde el año 2005 y que contaba con una habitación. La mujer y sus niños reciben ayuda social estatal, viven en situación de pobreza. El propietario ofreció a Garib en alquiler un apartamento a metros del que habitaba pero con tres habitaciones y un jardín, ya que él necesitaba remodelar el entonces habitado por Garib para uso propio. La mujer aceptó la propuesta, sin embargo, no pudo ser concretada. No le fue otorgado el permiso municipal. De acuerdo con una norma local para poder mudarse en el barrio de Tarwewijk se requiere una residencia de más de seis años en la zona o salario proveniente de un trabajo formal. Garib no lograba cumplir con ninguno de los dos requisitos. Reclamó ante los tribunales nacionales y el TEDH por considerar que había una violación de la libertad de elegir su residencia (artículo 2o. del Protocolo Adicional No. 4o. al CEDH y artículo 12 del PIDCyP) y de la prohibición de la discriminación sin éxito. No obstante tanto

impugnación y refinamiento. Véase Harriet Samuels, "Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle", *Feminist Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 39-60.

el fallo de la Sala⁴⁷ como de la Gran Sala⁴⁸ del TEDH en Garib cuentan con sendas disidencias que critican el enfoque generalista de la mayoría.

El objetivo de este apartado no es ahondar en un análisis pormenorizado del fallo Garib,⁴⁹ sino desafiarla desde una perspectiva de género que hasta ahora no ha sido lo suficientemente advertida como límite al margen de apreciación en su versión remozada, es decir, a la *Animal Defenders*. La pregunta es, en qué medida los criterios de *Animal Defenders* aplicados para evaluar una medida general que afecta especialmente a mujeres jefas de familia con niños, pobres, logra tomar en serio la cuestión de género desde la perspectiva presentada en el apartado anterior.

Así es preciso preguntarse sobre la falta de aplicación de un examen de proporcionalidad en el caso concreto y la preferencia de la mayoría por aplicar *Animal Defenders* y un examen de proporcionalidad de la medida atacada en general. Justamente esta combinación es indiferente a los reclamos de las personas en situación de desigualdad estructural.⁵⁰ Para ellas es crucial que permanezca

⁴⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos*, sentencia de 23 de febrero de 2016, N.º 43494/09. La mayoría estuvo conformada por los Jueces: Helena Jäderblom, George Nicolaou, Johannes Silvis, Branko Lubarda y Pere Pastor Vilanova. Volaron en disidencia, los Jueces: López Guerra y Helen Keller.

⁴⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), sentencia de 6 de noviembre de 2017, Nro. 43494/09. La mayoría estuvo conformada por los Jueces: Guido Raimondi; Angelika Nußberger; Linos-Alexandre Sicilianos; Mirjana Lazarova Trajkovska; Işıl Karakaş; Vincent A. De Gaetano; Julia Laffranque; Iulia Motoc; Jon Fridrik Kjølbro; Georges Ravarani; Gabriele Kucsko-Sladimayer y Tim Eicke; y el Juez *ad hoc* Egbert Myjer. Votos en disidencia: a) Jueces Tsotsoria and De Gaetano; b) Juez Pinto de Albuquerque con adhesión del Juez Vehabović; y c) Juez Kóris.

⁴⁹ Véase L. Lavrysen, "Strasbourg Court Fails to Acknowledge...", *op. cit.* Asimismo, Valeska David y Sarah Ganty, "Strasbourg Fails to Protect the Rights of People Living in or at Risk of Poverty. The disappointing Grand Chamber judgment in *Garib v the Netherlands*". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 28 de febrero de 2018). Las autoras sostienen la debilidad del fallo de la Gran Cámara basándose en cuatro puntos: a) la omisión de analizar el caso desde la discriminación basada sobre la situación de pobreza; b) un test de proporcionalidad en concreto; c) la situación de vulnerabilidad de la afectada y sus niños; d) la falta de consideración de informes de otros órganos de protección de DDHH sobre la medida atacada.

⁵⁰ Véase Martín Aldao, Laura Clénco y Liliana Ronconi, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity", en Armin Bogdandy, Flavia

abierta la posibilidad de atacarlas.⁵¹ Así analizar en detalle las restricciones en el alquiler de viviendas en relación con el fin de mejorar las condiciones de habitabilidad del distrito, cotejar alternativas menos lesivas tales como el mejoramiento de la infraestructura o la implementación de políticas públicas de integración socio urbana, y ponderar el derecho de Garib a elegir libremente su lugar de residencia y no ser discriminada por la potestad estatal de ordenamiento territorial; facilitaría la identificación de las inconsistencias en la fundamentación de la norma, y la exposición de intereses encubiertos y sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de legislaturas y tribunales.⁵²

5.1 La cuestión debatida

La norma atacada (*the Dutch Inner City Problems Act*), que entró en vigencia el 1 de enero de 2006, habilitaba a las municipalidades para adoptar medidas para "desguetizar" (*deghetoisation*) los vecindarios afectados por la "decadencia económica, el comportamiento antisocial y el influjo de inmigrantes ilegales". El gobierno de Rotterdam pretendía revertir esta tendencia sujetando la posibilidad de radicación al nivel de ingresos de las personas, y así, en teoría, favorecer el influjo de "residentes más prósperos" al distrito. La intención sería favorecer la diversidad y contrarrestar la "estigmatización" de las zonas del casco histórico tradicionalmente habitadas por las clases populares.⁵³ El TEDH se pregunta si la restricción al derecho a elegir la residencia se encuentra o no justificada. Por

Piovesan, Mariela Morales, y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁵¹ Sobre el potencial emancipatorio del examen de proporcionalidad en concreto, véase H. Samuels, "Feminizing Human Rights Adjudication...", *op. cit.*

⁵² Como señala H. Samuels, la estructura del examen de proporcionalidad permite una "aproximación interactiva" al universalismo, de modo tal que asegura que los principios normativos predominantes en el sistema jurídico preservan su peso, pero su aplicación al caso concreto queda abierta a impugnación y refinamiento. *Ibidem*.

⁵³ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto de la mayoría, párr. 142.

un lado, si la medida estatal sirve a un interés público; por el otro lado, si la restricción es "necesaria para una sociedad democrática".

El voto de la mayoría se niega a encarar el caso como uno de discriminación o consideración de la posición vulnerable de la afectada y sus niños, pues sostiene que la afectada no alegó expresamente la conexión con el artículo 14 CEDH referido a la prohibición de discriminación en su primer escrito aunque sí lo haya hecho en ocasión de referirse a la apelación de la sentencia de la Sala del TEDH (2016). Sin embargo, de la lectura atenta de los párrafos 143 y 144 surge que la mayoría en Garib (2017), implícitamente se acerca al problema de igualdad para negarlo. "La reclamante no impugna la necesidad de una intervención estatal. El tribunal entiende en este sentido la admisión de la reclamante de que la norma en cuestión no es "manifiestamente irrazonable". Antes bien, sus críticas apuntan a las opciones legislativas, que desde su posición someten a una carga injustificada a aquellos cuyo único ingreso es el beneficio de la seguridad social."⁵⁴ Si esto es así, el TEDH está implícitamente planteando el problema de igualdad, aunque arriba se haya negado a trabajarlo en forma expresa.

Aún más, de la lectura del párrafo 144 surge que el TEDH no cree que Garib sea una especial afectada: "El tribunal observa que el régimen implementado por la norma impugnada ni priva de la vivienda, ni fuerza abandonar a persona alguna el lugar que habita. Más aún, la medida adoptada bajo el régimen impugnado afecta únicamente a los residentes relativamente nuevos: aquellos que logren probar al menos seis años de residencia en el área metropolitana de Rotterdam se encontrarían exceptuados de la restricción. Dadas las circunstancias el plazo no parece ser excesivo".⁵⁵

⁵⁴ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 143.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 144.

En este sentido, asiste razón a la crítica y a la disidencia cuando ataca a la posición mayoritaria en Garib (2017) por haber perdido una oportunidad para ver el caso bajo la lupa de la prohibición de discriminación en intersección por género y situación de pobreza o precariedad: La negativa a pronunciarse sobre la cuestión de la discriminación evita al tribunal dar cuenta del impacto segregatorio propio de una medida "gentrificadora" sobre los sectores beneficiarios de la ayuda social o que perciben un salario por debajo de determinado nivel. De esta forma se critica que la Gran Sala que haya perdido una oportunidad para pronunciarse sobre un caso de discriminación tanto directa como indirecta y, a su vez, interseccional.⁵⁶ Por un lado, se trata de una discriminación directa, ya que la misma norma utiliza la situación de pobreza para etiquetar al grupo segregado; por el otro lado, una discriminación indirecta, porque este tipo de políticas gentrificadoras impacta en una forma desproporcionada en poblaciones de mujeres y niños en situación de pobreza o vulnerabilidad socio-económica y migrantes.

5.2 ¿La medida estatal sirve a un interés público?

La mayoría de la Gran Sala (2017) sigue aquí al voto de mayoría de la Sala (2016), considerando que el objetivo de la medida consistía en revertir el declive de las áreas más empobrecidas de la ciudad y mejorar la calidad de vida en general. No tienen dudas sobre la legitimidad del mismo y agrega que ésta no fue impugnada por la afectada ni por el Estado.

Sin embargo, un análisis más detallado de la cuestión genera serias reservas respecto de la legitimidad del fin estatal, ya que a simple vista se percibe que el fin consiste en la erradicación de la población vulnerable. Esto aparece con claridad en las disidencias de los Jueces Pinto de Albuquerque y Verhobovic,

⁵⁶ *Ibidem*, voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Verhobovic, párrs. 34-40.

por un lado y de Küris, por el otro lado. Sostienen que el fin no es legítimo pues a poco que se hurgue surge el estereotipo.⁵⁷ La pobreza es asimilada a inseguridad y hasta criminalidad.⁵⁸ La pobreza no es vista como fuente de vulnerabilidad, sino descrita como la causa del "mal social" que debe por tanto ser "erradicada", o por lo menos "alejada o diluida tanto como sea posible."⁵⁹

5.3 ¿Si la restricción es "necesaria para una sociedad democrática"? ¿Proporcionalidad en general o en concreto?

En la sentencia Garib de la Sala (2016) el TEDH aplica *Animal Defenders* y evalúa la justificación a la restricción del derecho de la afectada *en general y abstracto*.⁶⁰ No se refiere en concreto a la aplicación de la medida en el caso. Esta debilidad en la opción metodológica del TEDH fue advertida por los votos en disidencia de

⁵⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párrs. 7, 8. Identificar estas imágenes estereotipadas, enunciarlas, nombrarlas, desenmascararlas, ayuda a plantear y comprender el problema del caso; desarmar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas a través de un examen bien estricto de igualdad, dejando al desnudo la discriminación por género u orientación sexual o identidad de género. Esas imágenes estereotipadas reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales en su desmedro, en lugar de aventajado o de privilegio. Véase Laura Clérico, "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *Derechos en Acción*, [S.l.], vol. 5, núm. 5, dec. 2017; Laura Clérico, "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado de Derecho Constitucional*, Univ. del Externado, Bogotá, 2018, (en prensa); Francisca Pou, "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Revista Discusiones* (portal DOXA), 2015, pp. 147-188; Ana Micaela Alterio, "La Suprema Corte mexicana y la justicia: bilidad de los mensajes estigmatizantes", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 20, México, 2016, pp. 1-32.

⁵⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 7, 8.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto de la mayoría, párr. 112 (expresa referencia a la aplicación de TEDH, *Caso Animal Defenders c. Reino Unido*) y párr. 113 de TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (2016) y, en especial, párr. 106: "El Tribunal reitera que el Estado, de conformidad con las disposiciones del Convenio, puede tomar medidas generales que se apliquen a situaciones preestablecidas independientemente de las circunstancias propias de cada caso, aún a riesgo de que estas medidas puedan provocar dificultades en casos especiales".

los Jueces Luis López Guerra y Hellen Keller en el 2016 en el fallo de Sala.⁶¹ Por ello, será acaso tal vez que, la Gran Sala en Garib 2017 aclara que su tarea no es revisar la medida atacada *en abstracto*, pero sí determinar si la manera en que fue aplicada a la afectada causó una violación de la Convención, es decir, *en concreto*.

A renglón seguido determina el alcance del margen de apreciación en el caso. Es decir, la intensidad con que el TEDH controlará la proporcionalidad de la medida estatal. Se define por un margen de apreciación amplio en favor del Estado. Considera que se trata de la implementación de políticas sociales y económicas, aplica entonces el siguiente estándar: "el tribunal declaró en muchas oportunidades que respetará el juicio de la legislatura sobre lo que es de interés 'público' o 'general', a menos que ese juicio carezca manifiestamente de fundamento razonable".⁶² Semejante deferencia se la reconoce al Estado para tomar la decisión si hace algo en el área o no (margen de apreciación de acción); y cuando decide hacer algo ese margen alcanza a las reglas detalladas (margen de apreciación para la selección de los medios) que establece para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en competencia. El TEDH aclara que esto no significa que las soluciones alcanzadas por la legislatura escapen al escrutinio del tribunal: corresponde al TEDH examinar detenidamente los argumentos tomados en consideración durante el proceso legislativo y si se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del Estado y los directamente afectados por esas elecciones legislativas.⁶³ Y si bien reconoce

⁶¹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos*, 2016.

⁶² *Ibidem*, párr. 136 y 137.

⁶³ *Idem*, párr. 138. (con referencia a "inter alia y mutatis mutandis", *Animal Defenders Internacional c. Reino Unido* (GC), párr. 108: "El Tribunal ya ha declarado que una medida general era la forma más práctica para lograr el objetivo legítimo pretendido en una disposición que permitiría un estudio caso por caso, tal sistema es probable que cause un riesgo significativo de incertidumbre ..., litigios, costes y retrasos ... o la discriminación y la arbitrariedad ... Sin embargo, también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal que la forma en que una medida de carácter general se aplica a los hechos en un caso determinado, permite darse cuenta de sus implicaciones prácticas, por lo que es relevante la evaluación de la proporcionalidad para que siga siendo un factor importante a tener en cuenta"

que el tema vivienda usualmente requiere algún tipo de regulación estatal, advierte que en función de la complejidad del desarrollo de las grandes ciudades, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para implementar su política urbanística.⁶⁴ Hasta aquí la posición de la mayoría. En suma, es el examen de proporcionalidad pero filtrado por un amplio margen de apreciación por la materia a favor del Estado.

En este punto la mayoría vuelve sobre el estándar de *Animal Defenders International vs. Reino Unido* al dar por sentado que los problemas individuales que pueden generar una medida de carácter general no son relevantes a la hora de evaluar la medida impugnada.⁶⁵ Con ese argumento la mayoría decide otorgar al estado holandés un amplio margen de apreciación sin considerar el impacto que las políticas públicas habitacionales tienen sobre la vida privada y familiar de las personas tornando en la práctica ilusorios estos derechos, y a la postre haciendo un examen de proporcionalidad en abstracto que fue anunciado en concreto.⁶⁶

El otro punto de crítica, que se desprende del anterior, es la determinación de la amplitud del margen de apreciación. La mayoría no tiene en cuenta la jurisprudencia sobre personas en situación de vulnerabilidad⁶⁷ por género⁶⁸ y situación

⁶⁴ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), párr. 139.

⁶⁵ Véase *Caso Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], 2013.

⁶⁶ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic.

⁶⁷ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13, con referencia a TEDH, *Caso Alajos Kiss c. Hungary*, 2010, párr. 42. Sobre situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH. Véase Lourdes Peroni y Alexandra Timmer, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085; Mary Beloff y Laura Clérico, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Revista Estudios Constitucionales CECOCH-U. de Talca*, Chile, 2016.

⁶⁸ Este punto ya fue advertido por los Jueces López Guerra y Keller en su voto en disidencia en *Garib* 2016, cuando señalan que la mayoría no tuvo en cuenta su propia jurisprudencia sobre la reducción del margen de apreciación estatal cuando la medida atacada involucre discriminación por género con referencia al caso *Vrontou c. Chipre* (TEDH, 2015).

de pobreza⁶⁹ que implica una restricción del margen estatal y, como contracara un control de proporcionalidad en concreto más intensivo. A su vez, como señala Pinto de Albuquerque y Vehabovic, la mayoría tampoco tuvo en cuenta que el lugar de residencia constituye una dimensión fundamental de la identidad personal,⁷⁰ alrededor de la cual una persona y su familia van tejiendo su vida y sus relaciones, por lo que una intervención sobre esa esfera requiere razones de mucho peso.⁷¹

5.4 Idoneidad

La afectada sostiene que la medida impugnada no es idónea porque no produjo una mejora verificable en la calidad de vida de los distritos afectados. Para ello se basa sobre un informe de la Universidad de Ámsterdam de 2015. El voto mayoritario se niega, en principio, a considerar el informe aunque haya sido referido tanto por la afectada como por el Estado. El argumento del TEDH es que el período cubierto por el informe es posterior al período en el que la afectada realiza el reclamo. Es decir, la mayoría decide evaluar la idoneidad de la medida teniendo en cuenta la situación material al momento de haber sido aprobada por el gobierno la regulación atacada. El TEDH lo justifica en tanto se trata de evaluar "elecciones sobre política pública socio-económica"⁷² y no cómo esas políticas afectan al derecho de Garib en concreto.⁷³

Nuevamente, el voto mayoritario es criticable. Por un lado, es objetable la falta de coherencia formal de la aplicación de sus propios criterios, ya que el TEDH tiene en cuenta datos posteriores a favor del Estado pero no datos posteriores que alega la reclamante. El TEDH rechaza el Informe de la Universidad de

⁶⁹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13.

⁷⁰ TEDH, *Caso Evans c. Reino Unido* (GC), 2007, I, párr. 77.

⁷¹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13.

⁷² TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), posición mayoritaria, párr. 147.

⁷³ *Ibidem*, párr. 159.

Ámsterdam porque contiene datos referidos a 2006-2015,⁷⁴ pero acepta como argumento a favor de la idoneidad el que varias municipalidades hayan adoptado medidas similares entre 2011 y 2016,⁷⁵ período que también es posterior a la toma de la decisión.⁷⁶

Por otro lado, resulta objetable la consistencia material del argumento del TEDH, que alega que la adopción de medidas similares por otros municipios es razón suficiente para afirmar la efectividad de la medida. Como muestra Pinto de Albuquerque y Verhabovic en la disidencia, un examen atento de la evidencia empírica pone de manifiesto que la situación de los distritos afectados por la norma no presenta mejoras relativas al ser comparadas con la evolución de otros distritos.⁷⁷ Por último, un examen de idoneidad en el caso concreto demuestra que la regulación no promovía el fin. El Estado no perseguía explícitamente modificar la composición del vecindario que ya vivía en el lugar, sino regular la proveniencia de futuros habitantes que se mudaran a esa zona. Garib y sus niños ya vivían en esa zona por ende no permitirles el movimiento interno excede el fin que se propone la medida estatal.⁷⁸

5.5 Medios alternativos o necesidad

La mayoría del TEDH se niega a realizar un examen de medios alternativos en concreto. Concede que era posible regular la situación en forma diferente; sin

⁷⁴ David y Ganty advierten que el TEDH conocía de la existencia de estos informes. Refieren que en la audiencia de enero de 2017, celebrada en ocasión de la discusión del caso, el TEDH preguntó al Estado por estas observaciones. Este material no fue retomado por el TEDH en la sentencia de la Gran Sala, lo que llevaría a las autores a sostener el carácter manipulativo de los antecedentes que constaban en la causa. Véase V. David y S. Ganty, "Strasbourg Fails to Protect the Rights...", *op. cit.*

⁷⁵ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), párr. 149.

⁷⁶ Esto es lo que David y Ganty critican como *cherry picking*, es decir, se trata de una selectividad injustificada o una justificación *ad hoc*. Véase V. David y S. Ganty, *op. cit.*

⁷⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 70, 74. Cfr. Voto de Pinto de Albuquerque y Vehabovic.

⁷⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia de Tsonia Tsonia y Gaetano párr. 7; Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 17.

embargo, advierte que solo debe evaluar si el Parlamento al definir el equilibrio en el punto que lo hizo excedió o no el margen de apreciación establecido respecto de del derecho a la libre elección de la residencia (artículo 2o. del Protocolo Adicional No. 4 al CEDH).⁷⁹

La circunstancia de negarse a realizar un examen de medios alternativos confirma la amplia deferencia que la mayoría concede al Estado. Un examen superficial de medios alternativos, tal como advierte la disidencia de Pinto de Albuquerque y Verhabovic, muestra que la medida atacada no era necesaria. No solamente una mayor inversión en infraestructura podría haber alcanzado el mismo fin sin segregar, sino que además los Países Bajos se encontrarían en minoría en la aplicación de esta clase de política pública urbanística.⁸⁰ En la disidencia se resalta que otros países del Consejo de Europa, como Francia, Alemania, Suiza o Bélgica han adoptado políticas de integración socio-urbana fijando cuotas de mínimas de viviendas sociales en diversas áreas de la ciudad,⁸¹ lo que en principio parecería implicar una menor restricción del derecho a la elección del lugar de residencia.

5.6. Proporcionalidad en sentido estricto en la mayoría en Garib 2017

A diferencia del enfoque adoptado al evaluar la idoneidad y la necesidad de la medida estatal, la argumentación de la mayoría vuelve sobre la situación concreta de la reclamante al momento de evaluar la proporcionalidad en sentido estricto: la demandante no lograría demostrar el mal estado de la vivienda, ni el riesgo para la salud implicado por el cambio de distrito,⁸² ni el perjuicio concreto que le habría causado la medida estatal.⁸³ Así relativiza la intensidad de la restric-

⁷⁹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 157.

⁸⁰ *Ibidem*, voto de la mayoría, párrs. 87-92.

⁸¹ *Ibidem*, voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 20.

⁸² TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 160.

⁸³ *Ibidem*, párrs. 162; 163. 164.

ción al derecho de Garib y sus niños. El voto mayoritario insiste en la mejor posición del Estado nacional para evaluar la necesidad o conveniencia de las políticas de regulación del espacio urbano (*better position rationale*), lo que había ya preanunciado para reconocerle un amplio margen de apreciación al Estado holandés.⁸⁴ Así, el voto mayoritario sostiene que la información suministrada por la afectada no le permite llegar a la conclusión de que la negativa a obtener el permiso habitacional necesario implicase una restricción tan desproporcionada de sus derechos de modo tal que su interés supere por mucho el interés público perseguido por la aplicación consistente de la medida estatal.⁸⁵ En suma, se desprende que la mayoría decide poner la carga de la argumentación en cabeza de la afectada para derribar la presunción de la compatibilidad de la medida con la Convención.

En el tratamiento que hace de Garib es claro lo que voto de la mayoría omite. La posición de vulnerabilidad de la mujer, madre de dos niños, que viven en situación de pobreza, no es considerada para determinar la intensidad a la restricción al derecho. Tampoco es tomada en cuenta la cuestionable idoneidad de la medida en el caso concreto. Como apuntamos arriba, la afectada y sus niños ya vivían en la zona y la medida estatal buscaba regular el establecimiento de nuevos residentes. La posición de vulnerabilidad de la afectada y la falta clara de idoneidad de la medida, justifica que sea el Estado quien tenga la carga de la argumentación agravada. Sólo razones de mucho peso (*strong reasons*) podrían justificar la medida. Como se apuntó arriba las razones alegadas por el Estado no son legítimas porque se basan en argumentos estereotipados. En suma, este es otro de los problemas que genera la transferencia desnuda del estándar de *Animal Defenders* (proporcionalidad en general más amplio margen de apreciación para el Estado) a casos que involucren género y situación de pobreza.⁸⁶

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 161.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 166.

⁸⁶ Interseccionalidad que justifica un examen de igualdad intensivo que la posición mayoritaria omite, pero que puede ser encontrado en el voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque.

6. Consideraciones

Finales

Nuestra crítica ataca la doctrina del margen de apreciación clásico o remozado en tanto aún no da cuenta de sus propias limitaciones, en particular su incapacidad para registrar el impacto de medidas generales en los derechos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En este sentido, no advertir las limitaciones de la doctrina implica legitimar las relaciones de poder desiguales en el orden interno, lo que, como mostramos a lo largo de este trabajo, y ejemplificamos a través del caso Garib, genera efectos excluyentes sobre mujeres en situación de pobreza. Las Cortes regionales de Derechos Humanos no pueden perder su función de foros de reconocimiento y discusión de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las políticas que las afectan.⁸⁷ En suma, no encontramos que los desarrollos de la doctrina del margen de apreciación hayan tomado lo suficientemente en serio la perspectiva de género en su intersección con pobreza. Estas complejidades deberían ser especialmente tenidas en cuenta en el ámbito interamericano cuando se propone la transferencia de la doctrina del margen de apreciación a la *Animals Defenders*.⁸⁸

⁸⁷ C. Landfried sostiene que el intento de salvar la falta de legitimidad democrática del TEDH a través del recurso al principio mayoritario, puede convertirse en tomar partido a favor de las relaciones de poder político y social imperantes en el orden interno. Así, los Jueces, que se dejan llevar por métodos políticos, terminan protegiendo finalmente, y con el peso de una sentencia, a las relaciones de poder político existentes y no a los derechos humanos. Concluye que se pierde así la función del tribunal internacional como una "institución de supervisión". Véase C. Landfried, *Internationale Genchte und nationale ... op. cit.*, p. 382.

⁸⁸ En este sentido, también cabe preguntarse qué aporta la doctrina del margen de apreciación, además de una nueva etiqueta, que no pueda discutirse dentro del marco más familiar para el sistema interamericano, de las intensidades del escrutinio de las restricciones de derechos. Arai-Takahashi sostiene que "la dimensión conceptual de un margen de apreciación es covalente con las doctrinas sobre variable intensidad / estándar de revisión, deferencia y auto-restricción judicial que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. Véase Yutaka Arai-Takahashi, "The Margin of Appreciation doctrine. A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry", en Andreas Føllesdal, Birgity Peters, Geir Ulfstein (eds.), *Constituting*

Fuentes

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Victor, "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-230.
- ALDAO, Martín, "Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad", 2018, ms.
- ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura y RONCONI, Liliana, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity", en v. BOGDANDY, Armin y PIOVESAN, Flavia y MORALES, Mariela y FERRER MAC-GREGOR (eds.), *Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ALTERIO, Ana Micaela, "La Suprema Corte mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 20, México, 2016, pp.1-32.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry", en FØLLESDAL, Andreas y PETERS, Birgity ULFSTEIN, Geir, (eds.), CUP, Cambridge, 2013, pp. 62-105.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll, "Res Interpretata. Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre 2017, pp. 819-843.
- BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Revista Estudios Constitucionales CECOCH-U.* de Talca, Chile, 2016.
- BREMS, Eva y LAVRYSEN, Laurence, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, pp. 139-168.
- BREMS, Eva, "The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016)", en GERARDS, Janneke y BREMS, Eva (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, CUP, Cambridge, 2017.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts", en v. BOGDANDY, Armin y FERRER MAC-GREGOR y MORALES ANTONIAZZI, Mariela y PIOVESAN (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, OUP, pp. 408.
- CANCADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2008.
- CLÉRICO, Laura, "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado de Derecho Constitucional*, Univ. del Externado, Bogotá, 2018, (en prensa).
- CLÉRICO, Laura, "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *Derechos en Acción*, vol. 5, núm. 5, dec. 2017.
- CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste, "The Inclusion of the Social Question Within The Gender Perspective. Notes to Rewrite 'Cotton Fields'", *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersetia, Ghent, 2017, pp. 313-333.

Europe, CUP, Cambridge, 2013, pp. 62-105; véase Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182.

- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009.
- CONTESE, Jorge, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", *Law & Contemp. Probs*, vol. 79, núm. 2, 2016.
- CONTRERAS, Pablo, "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos," *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 235.
- DAVID, Valeska y GANTY, Sarah, "Strasbourg Fails to Protect the Rights of People Living in or at Risk of Poverty: The Disappointing Grand Chamber judgment in *Garib v the Netherlands*". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 28 de febrero de 2018).
- DE LONDRAS, Fionna y DZEHTSIAROU, Kanstantsin, "Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Right", *Human Rights Law Review*, núm. 15, 2015, pp. 523-547.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, CUP, Cambridge, 2015.
- FOLLESDAL, Andreas, "Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 359-371.
- FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona, 2008.
- _____, *Iustitia Interrupta*, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

- FREDMAN, Sandra, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1 junio 2016, pp. 1-29.
- GARCÍA ROCA, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.
- GERARDS, Janneke, "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal Constitutional Law*, vol. 11.2, 2013, pp. 466-490.
- GERARDS, Janneke, "The draft Copenhagen Declaration and the Court's dual role – the need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 01 de marzo de 2018).
- GERARDS, Janneke, "Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2018 (en prensa).
- HUIJBERS, Leonie, "The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity", *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 177-201.
- HUIJBERS, Leonie, "The Draft Copenhagen Declaration-Process-based review and subsidiarity". Blog *Strasbourg Observers* (última fecha de consulta: 27 de febrero de 2018).
- IGLESIAS, Marisa, "Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication from a Cooperative Conception of Human Rights", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017.

_____, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional". Disponible en: <https://www.law.yale.edu/system/files> (última fecha de consulta: 17 de octubre de 2017).

KAVANAGH, Aileen, "Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.

LANDFRIED, Christine, "Internationale Gerichte und nationale Demokratie" en CROISSANT, A. et al., *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2017, pp. 371-385.

LAVRYSEN, Laurence, "Strasbourg Court fails to acknowledge discrimination and stigmatization of persons living in poverty", en *Blog Strasbourg Observers*, 10/3/2016. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 06 de marzo de 2018).

_____, "Strengthening the protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 293-325.

LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, OUP, Oxford, 2012.

NOWAK, Manfred, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, cap. 3.

PARRA VERA, Oscar, "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, Pablo y WENCES, Isabel

(coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 565-606.

PERONI, Lourdes y TIMMER, Alexandra, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085.

POU, Francisca, "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Doxa Revista Discusiones*, 2015, pp. 147-188.

RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182.

SAMUELS, Harriet, "Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle", *Feminist Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 39-60.

SAUL, Matthew, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015, pp. 745-774.

SICILIANO, Linos-Alexander, "The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 3, 2014.

SPANO, Robert, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 3, 2014.

YOUNG, Iris Marion, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274.

_____, *Responsibility for Justice*, OUP, Oxford, 2011.

ZUCCA, Lorenzo, "-Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber-", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 218-229.

¿CÓMO USA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA? NOTAS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

HOW DOES THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT USE THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION? NOTES FOR LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL JUSTICE

Karlos A. Castilla Juárez*

Resumen

La forma en la cual los tribunales nacionales hacen uso de la jurisprudencia de tribunales supranacionales o internacionales es un tema de actualidad en muchas regiones del mundo. En este artículo se muestra la forma en la que el Tribunal Constitucional de España ha venido haciendo uso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el artículo se establecen las principales líneas, usos y criterios fijados por el tribunal español para seguir las interpretaciones que se hacen de ese Derecho de la Unión Europea. Con esos elementos, en el artículo se busca proporcionar a los Jueces constitucionales latinoamericanos algunas notas que les sean útiles para decidir

* Abogado por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Twitter: @KarlosCastilla