

SOBRE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN
NACIONAL. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA
CONFRONTADA Y EL *THELOS* CONSTITUCIONAL
DE UNA TÉCNICA DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Manuel NÚÑEZ POBLETE

¿Acaso no podía consistir la grandeza del
genio en saber en qué conviene la uniformi-
dad y en cuál las diferencias?

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*,
Libro XXIX, cap. XVIII.

SUMARIO: I. *Aproximación conceptual*. II. *La experiencia institucional confron-
tada*. III. *En defensa del sentido constitucional de la doctrina del margen de apre-
ciación*. IV. *Bibliografía*.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

El título de este ensayo podría parecer equívoco. En efecto, hasta hace un par de décadas el discurso propio de la teoría constitucional parecía reservado al ámbito estatal nacional y estatal. En el ámbito internacional, por el contrario, primaba el lenguaje del intergubernamentalismo como sustituto del discurso *hobbesiano* sin que pudiese predicarse dentro de aquél el fenómeno del constitucionalismo. Sin embargo, desde hace algunos años la literatura y la práctica internacionalistas vienen recibiendo parte del lenguaje constitucional, del mismo modo en que el constitucionalismo estatal viene acogiendo los principios del derecho internacional como parte de sus contenidos materiales. Al primer fenómeno se le puede llamar proceso

de *constitucionalización* del derecho internacional, mientras que el segundo puede denominarse *desnacionalización* o *internacionalización* del derecho constitucional. Mientras la desnacionalización del derecho público interno supone el agotamiento de la soberanía nacional y la Constitución estatal como últimos parámetros de legitimidad del ordenamiento interno, la constitucionalización del derecho internacional implica el reconocimiento de ciertas funciones materialmente constitucionales en algunos segmentos del fragmentado ordenamiento internacional. Cualquiera que sea el fenómeno predominante con relación a un Estado determinado, lo cierto es que ambos procesos conducen inevitablemente a la difuminación de las barreras y conceptos propios de lo nacional frente a lo internacional. El sugerente título de un trabajo reciente de los profesores Slaughter y Burke-White ilustra bien este fenómeno: “El futuro del Derecho internacional es nacional”.

El reconocimiento de la existencia de funciones materialmente constitucionales en instrumentos de carácter internacional (que naturalmente no resisten el test clásico del *pouvoir constituant*) ha conducido a la atribución de carácter constitucional a instrumentos tan disímiles como el CEDH, la Unión Europea o la OMC, por mencionar los más relevantes.¹ Aunque pueda criticarse la excesiva extensión y posible vaciamiento del concepto de Constitución, la doctrina de la constitucionalización del ordenamiento internacional y del supranacional tiene el mérito de inquirir por los fines y los límites sustantivos o procedimentales que definen el ámbito de acción de los correspondientes organismos internacionales o supranacionales. En efecto, la teoría constitucional exigirá conciencia acerca de los fines que persigue el derecho frente a una comunidad, que cuanto más compleja es, menos detalles espera de su orden constitucional. Luego de identificar esos fines surge, como su natural consecuencia, el elenco de límites que en esa

¹ En la conocida sentencia *Loizidou vs. Turquía*, caso núm. 15.318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995, objeciones preliminares, el TEDH calificó el CEDH como un instrumento constitucional para el orden público europeo. La bibliografía sobre el carácter y aspiraciones constitucionales de la Unión Europea y la OMC es vastísima. Véanse como referencias el trabajo de Cencela, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, Publicación da Cátedra Jean Monnet USC, 2001, y la obra colectiva de von Bogdandy, Armin y Bast, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, Hart, 2007. Para la supuesta constitucionalización de la OMC, véase Cass, Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

organización no pueden ser traspasados sin arriesgar la disolución de la comunidad.

James Bryce —historiador, constitucionalista y diplomático— decía que una de las principales tareas de una Constitución consiste, junto con garantizar la libertad, en cuidar la unión de la comunidad política, evitando que se desaten las fuerzas centrífugas disolventes que siempre amenazan su continuidad.² El cuidado de la unidad de la *polis* es, entonces, una tarea eminentemente constitucional. Pues bien, la doctrina del margen de apreciación se relaciona, precisamente, con los fines y los límites de la jurisdicción internacional o supranacional en materia de derechos humanos. Admitiendo que en ciertos casos es posible la existencia de una pluralidad de valoraciones en materia de derechos fundamentales, la doctrina del margen de apreciación aconseja al órgano jurisdiccional internacional o supranacional abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de los derechos universales. Como lo sugiere Georges Letsas, la doctrina del margen de apreciación tiene dos facetas: una sustantiva, relativa al eterno problema (o arte, habría dicho Duverger) de discernir entre las libertades individuales y los objetivos colectivos, y otra estructural, relativa a la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales.³

De acuerdo con la práctica y la literatura especializada,⁴ la doctrina en cuestión se identifica con el ámbito de deferencia que los órganos interna-

² Bryce, James, “The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions”, en Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, vol. I, pp. 255 y ss.

³ Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 80 y ss.

⁴ La bibliografía sobre el origen y desarrollo del concepto en el sistema europeo es abundante. Véanse a título de referencia general, García Roca, Javier, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: entre soberanía e integración*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 107-115; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anwerp-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002, pp. 2-5; Brems, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 56, 1996, pp. 240-242; Yourow, Howard, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 13-15, y Hutchinson, Michael, “The Margin of Appreciation

cionales deben reconocer a los órganos nacionales (legislativos, judiciales y administrativos) para cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Específicamente, la doctrina en cuestión deja un margen de libertad a los Estados (i) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y (iii) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollan en el ordenamiento interno. A las tres dimensiones anotadas podrían agregarse otras dos, todavía inexploradas por la doctrina y que pueden abrir dos estupendas líneas de investigación: (iv) el margen de apreciación para definir el sentido del derecho nacional y (v) el margen de apreciación para definir el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado.

Esta forma de deferencia judicial, que combina principios procesales de decisión y criterios hermenéuticos,⁵ se encuentra emparentada con doctrinas similares de cuño nacional, tales como la deferencia de los jueces constitucionales hacia el legislador o de los jueces administrativos hacia las potestades políticas de la administración estatal. Según estas formas de *self restraint* o autocontrol, el órgano jurisdiccional evita, dentro de un marco de prudencia y de razonabilidad, el enfrentamiento con poderes constituidos y legitimados desde otras premisas políticas. De esta forma se preservan los equilibrios institucionales y se resguardan los fundamentos de la legitimidad de cada uno de los órganos y ordenamientos comprometidos. En materia de derechos humanos, el concepto recién anotado es tributario de la práctica desarrollada al amparo del CEDH. Por la misma razón, el énfasis conceptual reposa en la relación entre los órganos jurisdiccionales internacionales de supervisión de los tratados y las autoridades nacionales.

Doctrine in the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 48, 1999, pp. 638 y ss.

⁵ Según García Roca, la naturaleza procesal del margen de apreciación no es clara: “[n]o creo sea realmente una herramienta procesal, un *principio ordenador del proceso*, pues su alcance no es formal sino material. Me parece un *argumento* consustancial a una interpretación constitucional de unos derechos contenidos en un tratado internacional”, García Roca, Javier, *op. cit.*, pp. 219-244 (cursivas en el original).

II. LA EXPERIENCIA INSTITUCIONAL CONFRONTADA

La metodología del margen de apreciación ha tenido amplia difusión en el campo de los derechos humanos convencionales y áreas afines como el sistema de solución de controversias de la OMC.⁶ Su progresiva difusión en los procesos de adjudicación de otros foros internacionales ha permitido incluso que algunos estudios recientes exploren la posibilidad de identificar en ella una doctrina general del derecho internacional.⁷ A continuación se muestran sumariamente el ámbito de aplicación de la doctrina en la jurisprudencia del TEDH y su proyección actual en la jurisprudencia del TJUE. Posteriormente se intentará mostrar su incipiente desarrollo en el sistema interamericano, a través de los indicios que son posibles de encontrar en los informes de la CIDH y la Corte IDH. Finalmente, se discutirán las premisas sobre los paralelismos o la comparabilidad de las experiencias continentales.

1. *La experiencia europea, entre Estrasburgo y Luxemburgo*

Como es bien sabido, en el campo de los derechos humanos la doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada con especial atención por el TEDH. La doctrina ha subrayado que este tribunal ha desplegado esta técnica de adjudicación en tres áreas principales, a saber: *a*) la revisión de medidas que afectan los derechos reconocidos en los artículos 5o., 6o., 8o. al 11 del CEDH⁸ y 1o. del Protocolo facultativo núm. 1; *b*) la cláusula de no discriminación del artículo 14 del CEDH, y *c*) la derogación de ciertos

⁶ Véase Croley, Steven y Jackson, John, “WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, núm. 90/2, 1996, pp. 193 y ss. Una posición crítica de la aplicación de esta doctrina en materias de comercio internacional puede consultarse en Oesch, Matthias, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 52-54.

⁷ Así por ejemplo, Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 26/5, 2006, pp. 907-940.

⁸ Libertad y seguridad individual (artículo 5o.), debido proceso (artículo 6o.), privacidad (artículo 8o.), libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9o.), libertad de expresión (artículo 10) y libertad de asociación y reunión (artículo 11). Otros trabajos también destacan la presencia de la doctrina en la jurisprudencia sobre el matrimonio, el derecho a la educación, la libertad de las elecciones (Protocolo

derechos en estados de emergencia conforme con el artículo 15 del CEDH. En términos relativos, la casuística judicial se ha construido mayoritariamente a partir de la evaluación del *standard* relativo a lo necesario en una sociedad democrática para justificar la restricción de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo.⁹ Según lo sostiene Brems, esta última área sería el “campo favorito”¹⁰ para la aplicación de este principio de argumentación judicial. A estas hipótesis podría añadirse la deferencia estructural que el CEDH ofrece a los Estados en la medida en que se remite a la legislación nacional como la norma competente para configurar el contenido mismo de un derecho. En este último sentido, es el propio instrumento internacional el que renuncia a formular ciertos conceptos con pretensiones de universalidad u homogeneidad cuando se advierte la ausencia de un consenso fundamental sobre sus contenidos.¹¹

núm.1), prohibición de la tortura, esclavitud y el derecho a la vida. Brems, Eva, *op. cit.*, pp. 253-255.

⁹ Arai-Takahashi, Yutaka, *op. cit.*, pp. 8-14.

¹⁰ Brems, Eva, *op. cit.*, p. 243.

¹¹ En esta materia se advierte una notoria diferencia entre el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE). En el primero las referencias explícitas a la legislación nacional son minoritarias, siendo paradigmático el caso de las leyes sobre el matrimonio en el artículo 12, CEDH (“según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”). En la CDFUE, en cambio, las referencias son notoriamente numerosas: el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia se reconoce “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (artículo 9o., CDFUE); el derecho a la objeción de conciencia “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (artículo 10.2, CDFUE); la libertad de creación de centros docentes y el derecho de los padres a organizar la educación y la enseñanza de sus hijos “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio” (artículo 14, CDFUE); la libertad de empresa “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 16, CDFUE); el derecho, en los niveles adecuados, a la información y consulta de los trabajadores o sus representantes en la empresa con suficiente antelación, “en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 60, CDFUE); el derecho de negociación y de acción colectiva, incluida la huelga, “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 28, CDFUE); el derecho a protección en caso de despido injustificado “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 30, CDFUE); el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales “según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 34.1 CDFUE); el derecho de todo residente legal dentro de la Unión a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas socia-

La jurisprudencia del TEDH, precedida del caso *Lawless* ante la Comisión (1o. de julio de 1961) e inaugurada con el fallo *Handyside* (7 de diciembre de 1976), es bastante conocida, por lo que aquí sólo cabe remitirse a la literatura más autorizada que condensa esos abultados precedentes.¹² Sí, en cambio, parece oportuno hacer presente que no se trata de una modalidad aislada de adjudicación. En efecto, en el plano comunitario europeo ella también ha sido recibida y reforzada por la práctica del Tribunal de Justicia y del resto de las instituciones de la Unión Europea. Por lo que concierne al primero, la deferencia institucional hacia los Estados fue por largo tiempo preterida en beneficio de la consolidación del derecho comunitario y a través del desarrollo jurisprudencial de los principios de supremacía y aplicabilidad directa. Sin embargo, en los últimos años es posible advertir algunos ejemplos notables de deferencia hacia las instituciones nacionales en la jurisprudencia comunitaria, sin contar con el desarrollo de la deferencia del Tribunal hacia las atribuciones políticas de otras instituciones comunitarias.¹³

En la menos difundida jurisprudencia del TJUE es posible advertir fórmulas de reconocimiento de la diversidad cercanamente emparentadas con la doctrina del margen de apreciación.¹⁴ Por una parte, se ha reco-

les de conformidad con el Derecho de la Unión “y con las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 34.2 CDFUE); el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión “y por las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 34.3, CDFUE); el derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales” (artículo 35, CDFUE); y el acceso a los servicios de interés económico general, “tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con la Constitución” (artículo 36, CDFUE).

¹² Véase la nota 5.

¹³ Véanse, por ejemplo, los asuntos C-459/00 P (R), Comisión *vs.* Laboratoires pharmaceutiques Trenker, 11 de abril de 2001, y C-150/94, Reino Unido *vs.* Consejo, 19 de noviembre de 1998.

¹⁴ La literatura sobre los rasgos característicos de la doctrina en el TJUE todavía no es abundante. Véase recientemente el trabajo de Díaz, María, “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, en García Roca, Javier y Fernández, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 67 y ss. Esta investigación subraya la existencia ciertas diferencias (oponiendo complementariedad del CEDH *versus* primacía del derecho comunitario) y también similitu-

nocido el citado margen de las autoridades frente al derecho comunitario. En este sentido pueden citarse como ejemplos los fallos *Échirrolles*,¹⁵ donde se valida la competencia a las autoridades nacionales para evaluar las condiciones que permiten la aplicación de un principio general, o *Haim*,¹⁶ sobre el margen de apreciación de los Estados miembros frente al derecho comunitario y su incidencia en la determinación de la responsabilidad estatal por infracción de aquél. Por otra parte también se ha reconocido el margen de apreciación de las autoridades nacionales para limitar el alcance de las libertades comunitarias en aplicación de normativas internas. Así, en *Ferring*¹⁷ se reconoce la capacidad de los Estados para apreciar la existencia de las circunstancias materiales extraordinarias (en este caso, el riesgo para la salud) que permiten restringir algunas libertades comunitarias; en *Henn y Darby*¹⁸ se muestra deferencia hacia el juicio nacional sobre la moralidad pública; en *Karner*¹⁹ se reconoce (con expresa referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo) el margen de apreciación de las autoridades nacionales para valorar el alcance de la libertad de expresión mercantil; en *Sirdar*²⁰ hacia el margen de apreciación basado en apreciaciones de carácter mi-

des: “La deferencia concedida a las autoridades nacionales parece derivarse así de la propia voluntad de autolimitarse del TJCE y el TEDH, sin que esa voluntad resulte absolutamente previsible para el operador jurídico. Sin embargo hay que destacar, como segundo elemento, que el origen del margen parece encontrarse, en ambas jurisprudencias, en la heterogeneidad y riqueza cultural de los pueblos europeos y en la voluntad de ambos tribunales de ceder a las autoridades nacionales el control de ciertas restricciones de los derechos fundamentales en el entendimiento de que éstas están mejor situadas que ellos mismos para asegurar su protección, al menos en ausencia de una *opinio iuris* común a las sociedades europeas”. *Ibidem*, p. 77.

¹⁵ Asunto C 9/99, *Échirrolles Distribution SA y Association du Dauphiné y otros*, 3 de octubre de 2000.

¹⁶ Asunto C-424/97, *Salomone Haim vs. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, 4 de julio de 2000.

¹⁷ Asunto C-172/00, *Ferring Arzneimittel GmbH vs. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, 10 de septiembre de 2002.

¹⁸ Asunto 34/79, *Regina/Maurice Henn y John Frederick Darby*, 14 de diciembre de 1979. Con referencia a la moralidad, puede verse el caso *Müller y otros vs. Suiza* del TEDH, del 24 de mayo de 1988.

¹⁹ Asunto C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH vs. Troostwijk GmbH*, 25 de marzo de 2004.

²⁰ Asunto C-273/97, *Angela M. Sirdar / The Army Board y Secretary of State for Defence*, 26 de octubre de 1999.

litar, y en Omega²¹ y Schmidberger²² hacia los derechos reconocidos por las Constituciones nacionales como límites de las libertades económicas comunitarias.

Aunque versa sobre patentes, el criterio definido en el asunto Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, decidido en 2001, resume bien los contornos de la doctrina del margen de apreciación:

[P]or lo que respecta al artículo 6 de la Directiva, que excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no cabe duda de que *dicha disposición reconoce a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión.*

38. Sin embargo, *dicho margen de maniobra es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro, contexto para cuya comprensión las autoridades nacionales, legislativas, administrativas y judiciales, se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias.* Además, dicha cláusula, que permite no conceder las patentes en caso de amenaza para el orden público o la moralidad, es clásica en el Derecho de patentes y figura, en particular, en los instrumentos jurídicos pertinentes de Derecho internacional como el CPE.

39. Asimismo, el margen de maniobra que se reconoce a los Estados miembros no es discrecional, puesto que la Directiva limita tales conceptos, por un lado, precisando que la explotación comercial de una invención no puede considerarse contraria al orden público o a la moralidad por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria y, por otro lado, citando cuatro ejemplos de procedimientos y utilizaciones no patentables. De este modo, el legislador comunitario proporciona una guía, desconocida en el Derecho general de patentes, para la aplicación de los conceptos de que se trata.²³

2. La experiencia en el sistema interamericano

La Corte IDH y la CIDH, aunque en menor medida que sus pares europeos, también han servido de foros para la invocación y aplicación de la doctrina del margen de apreciación. Como lo explica Faúndez Ledesma:

²¹ Asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, 4 de febrero de 2004.

²² Asunto C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Austria, 12 de junio de 2003.

²³ Asunto C-377/98, Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 9 de octubre de 2001, apdos. 37 y 38 (énfasis añadido).

La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones [de la CADH].²⁴

Esta constatación, no es, sin embargo, compartida por toda la doctrina. En un tono abiertamente crítico, el actual magistrado de la Corte Internacional de Justicia y que fuera también juez de la Corte IDH, Antonio Cançado, ha sostenido que “[a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²⁵ Más allá de los términos de esta polémica, en la que subyace una crítica a la doctrina misma y su recepción por parte de “los doctrinadores más apresurados”,²⁶ la lectura global de los informes y sentencias que contienen el *corpus* doctrinal del sistema interamericano permite advertir que existe cierto grado de aplicación de la doctrina de *marras*.

A continuación se exponen algunos casos estudiados por la CIDH y la Corte IDH, en los que, de alguna forma u otra, se han discutido problemas similares a los resueltos en Europa. Como quedará de manifiesto a continuación, la envergadura y profundidad de los pronunciamientos interame-

²⁴ Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 57.

²⁵ Cançado, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 389.

²⁶ *Ibidem*, p. 391. Criticando vehementemente la recepción de la doctrina en el sistema interamericano, el mismo autor señala: “[c]ómo pretender aplicarlo en un sistema regional en que el Poder Judicial de tantos países sufre todo tipo de presiones e intimidaciones. Cómo pretender aplicarlo en un continente en que la función judicial, en tantos países sigue siendo ‘compartida’ por el fuero ordinario o común, y fueros militares especiales. Cómo pretender aplicarlo en ordenamientos jurídicos nacionales severamente cuestionados por su ineficiencia en el combate a la impunidad. En nuestro sufrido continente —así como en la pan-Europa convulsionada de hoy— difícilmente encontraríamos la doctrina básica sobre la cual se ha erigido en las últimas décadas la doctrina del ‘margen de apreciación’ de los Estados en cuanto a los modos de cumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Siendo así, no resta otro camino sino el fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección, complementarios de las instancias nacionales”. *Ibidem*, p. 390.

ricanos no son equivalentes a los desarrollos europeos del principio. Con todo, como se discutirá más adelante, esta menor intensidad no parece ser un argumento suficiente para negar la posibilidad de estar ante un principio común de adjudicación internacional.

A. *La práctica en la CIDH*

La CIDH ha tenido la oportunidad de recibir la doctrina del margen de apreciación en una casuística cuya estructura no se aleja mucho de la jurisprudencia europea, aunque claramente es más reducida en su número. Entre los casos que todavía no cuentan con pronunciamientos de fondo, pero sí poseen informes de admisibilidad que permiten apreciar el problema o la invocación de algún argumento que se acerque a la doctrina del margen de apreciación cabe destacar los casos *Álvarez Giraldo*, *Sánchez Villalobos* y *Cháves Cambroner*, ambos referidos a la condición moral de la sexualidad. En *Álvarez Giraldo*, como lo explica la propia CIDH, el Estado colombiano ha justificado las restricciones a las visitas íntimas de la reclamante en virtud de un supuesto consenso de intolerancia hacia la homosexualidad:

[l]a peticionaria alega que su integridad personal, honra e igualdad, se encuentran afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. El Estado alega que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general.²⁷

En *Sánchez Villalobos y otros*²⁸ se ha planteado la discusión sobre las técnicas de fertilización artificial, mientras que en *Cháves Cambroner*, en cambio, ha quedado planteada la discusión sobre la pornografía y la protección de los menores y la moral pública a través de la censura de las revistas.²⁹

²⁷ CIDH, Informe núm. 71/99, caso núm. 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, 4 de mayo de 1999 (admisibilidad), párr. 2.

²⁸ CIDH, Informe núm. 25/04, caso núm. 12.631, Ana Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo de 2004 (admisibilidad).

²⁹ CIDH, Informe núm. 50/05, caso núm. 369/04, Jorge Luis Cháves Cambroner vs. Costa Rica, 12 de octubre de 2005 (admisibilidad).

Entre los casos en que ha recibido aplicación la doctrina del margen de apreciación, cabe destacar en primer lugar a *Efraín Ríos Montt*. En este informe la CIDH aplicó el principio reconociendo la variabilidad de las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular:

[C]onsidera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso *sub-judice*, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional.³⁰

En el mismo informe, la CIDH hizo explícitos los límites de la doctrina, en el sentido que ella no sólo debe ser aplicada en un contexto temporal y espacial determinado, sino que además debe ser entendida como un instrumento de carácter excepcional:

Al respecto recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos.³¹

A esta constatación de la ausencia de normas universales relativas a los requisitos para optar a cargos de elección popular, incidiendo en parte relevante en el disfrute de parte los derechos políticos, habría que agregar otro ejemplo relativo a la nacionalidad. Se trata del asunto *Robelo González*, en el cual la CIDH tuvo la oportunidad de reconocer expresamente, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-4/84, que la definición de la nacionalidad es una atribución de las autoridades legislativas o constitucionales nacionales:

La regulación y determinación de la nacionalidad es competencia de cada Estado soberano; a éste le corresponde regular con sus leyes la adquisición de la propia nacionalidad, como así también la nacionalidad por naturalización. En

³⁰ CIDH, Informe núm. 30/93, caso núm. 10.804, *José Efraín Montt vs. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 24.

³¹ *Ibidem*, párr. 31.

efecto, cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad.³²

Siempre en el plano de los derechos políticos, la doctrina del margen se encuentra presente en el voto disidente del comisionado Robert Kogod Goldman a propósito del caso de los senadores designados chilenos. Como se sabe, esta denuncia había impugnado la forma de integración del Senado chileno por cuanto en ella participaban parlamentarios que no eran electos por votación popular. Esta técnica de composición alteraba, en opinión de los denunciantes, al carácter democrático del parlamento y la intangibilidad de los derechos de participación política. En su voto de mayoría la CIDH consideró que el Estado de Chile, al mantener esta estructura senatorial heredada del gobierno militar (consagrada en la Constitución de 1980 e ideada para superar la transición), violaba los derechos de igualdad y participación política de los denunciantes.³³ La extensión de párrafo que se transcribe no sólo se justifica por las expresas referencias a la idea de deferencia o a la “latitud” de los Estados, sino por lo ilustrativa que resulta esta opinión para la construcción de un concepto sobre el que tampoco existe un modelo único y universal: la democracia. Disintiendo de dicha opinión mayoritaria el comisionado Kogod afirmó:

3. El presente caso ha sido examinado por la mayoría a la luz del alcance de la obligación de respetar y garantizar los derechos políticos contemplados en el artículo 23 de la Convención Americana en conjunción con el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24... Sin embargo, esta norma no establece un tipo o modalidad electoral específica para la elección de los inte-

³² CIDH, Informe núm. 25/01, caso núm. 12.144, Álvaro Robelo González vs. Nicaragua, 5 de marzo de 2001, párr. 49.

³³ “La Comisión, por las razones que anteceden, reitera sus conclusiones adoptadas en su Informe No. 78/99 en el sentido que el Estado chileno, mediante el efecto del establecimiento de los llamados senadores designados y el senador vitalicio general Augusto Pinochet, establecidos en el artículo 45 de la Constitución chilena y su aplicación por las autoridades señaladas, ha vulnerado los derechos humanos de Andrés Aylwin Azócar... víctimas en el presente caso, a la participación política y a la igualdad sin discriminación (artículos 23 y 24), consagrados en la Convención Americana; así como su obligación de adecuar su ordenamiento jurídico para cumplir sus compromisos internacionales, a fin de garantizar los derechos establecidos por la Convención en su artículo 2”. CIDH, Informe núm. 137/99, Andrés Aylwin y otros vs. Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 159.

grantes de la legislatura, tal como la representación proporcional o la mayoría mediante una o dos vueltas electorales.

4. A pesar de que esta norma descansa sobre el presupuesto de la existencia de una estructura de gobierno de carácter democrático y representativo, tampoco define un modelo definitivo conforme al cual el Estado deba organizarse con el fin de institucionalizar la democracia representativa de manera ideal, y menos aun el modo en el cual deben distribuirse los escaños en el órgano legislativo. *Por lo tanto las alegaciones sobre la presunta incompatibilidad entre el modelo adoptado y los principios subyacentes al artículo 23, deben ser analizadas con especial deferencia en favor de los Estados partes, y la Comisión debe ponderar cuidadosamente si resulta apropiado pronunciarse sobre la conveniencia de un modelo institucional en particular.* Considero que, a menos que la estructura institucional establecida por el Estado impida de manera manifiestamente arbitraria la expresión de la voluntad de los ciudadanos, la Comisión debe en principio evitar emitir juicios sobre su proximidad a un modelo ideal, al menos, en el contexto del examen de un caso individual. En ese sentido, las cuestiones relativas a la conveniencia de ciertos modelos de participación política encajan más apropiadamente dentro del mandato de la Comisión de promover los derechos humanos. Es en virtud de este mandato que la Comisión está facultada para recomendar la adopción de medidas específicas en sus informes especiales o sobre países, con el fin de mejorar y fortalecer dichos modelos.

5. La Comisión ha mostrado en el pasado cierto grado de deferencia en favor de los Estados partes al interpretar el artículo 23. En el *Informe 30/93*, por ejemplo, la Comisión estableció que los artículos 23 y 32 de la Convención habilitaban a Guatemala a establecer ciertas limitaciones al derecho a ser elegido a la luz del contexto histórico en el cual fueron adoptadas. De la misma manera, el TEDH ha sido ampliamente deferente en su interpretación de las obligaciones derivadas del derecho a elegir y ser elegido consagrado en el Artículo 3 del Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, al señalar que no interferirá a menos que las medidas estatales en cuestión no restrinjan estos derechos al ‘extremo de vaciarlos de su contenido esencial e impedir su eficacia’. Es más, ese Tribunal ha reconocido que la legislación electoral está sujeta a variaciones geográficas y evoluciones temporales y que todo sistema electoral debe ser evaluado de acuerdo con la evolución política del país en cuestión. De esto se sigue que la Corte Europea ha reconocido que ciertas características que resultan inaceptables en el contexto de un sistema determinado pueden justificarse en otros en la medida en que se garantice la libre expresión de la opinión de los votantes al elegir la legislatura. En su opinión, los Estados gozan de considerable latitud para adoptar normas que regulen

el *status* de los congresistas en su ordenamiento constitucional, incluyendo los criterios para su descalificación. Estas decisiones reflejan el hecho de que la ausencia de parámetros positivos dificulta la determinación de hasta qué punto ciertos derechos expresamente protegidos se ven vulnerados por la vigencia de determinadas estructuras institucionales.³⁴

El estilo del voto de Kogod recuerda una disidencia del comisionado Monroy Cabra al informe de la CIDH que declaró que Estados Unidos violaba el derecho a la igualdad reconocido en la Declaración Americana al permitir la ejecución de menores de edad. En el caso Terry y Pinkerton, la mayoría de la CIDH condenó el pluralismo legislativo penal que existe al interior de los Estados Unidos en materia de pena capital. Promoviendo una unidad federal (que bien podría ser luego exigida a nivel internacional), la CIDH indicó que:

[e]l hecho que el Gobierno de los Estados Unidos deje a discreción de cada Estado de la Unión la aplicación de la pena de muerte al menor de edad ha producido un mosaico de leyes que sujetan la severidad del castigo no a la naturaleza del crimen sino al lugar donde éste se cometió. El ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede ser o no ejecutado no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio. La falla del gobierno federal consiste en no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida.³⁵

En la disidencia de Monroy Cabra se encuentra una interesante referencia al valor de las lagunas en la CADH:

Luego de la discusión, la IX Conferencia decidió suprimir lo relativo a la pena de muerte y modificar la redacción propuesta por el Comité Jurídico Interamericano, por lo cual el artículo 1o. quedó redactado en la forma actual que no dice nada sobre la pena de muerte. El análisis de los trabajos preparatorios lleva a la conclusión inequívoca que los Estados que participaron en la IX Con-

³⁴ CIDH, Informe núm. 137/99, Andrés Aylwin y otros *vs.* Chile, 27 de diciembre de 1999, voto disidente del comisionado R. Kogod Goldman, aps. 3-5 (énfasis añadido y notas omitidas por el autor).

³⁵ CIDH, Informe núm. 3/87, caso núm. 9647, Terry Roach y Jay Pinkerton *vs.* USA, 27 de marzo de 1987, párr. 63.

ferencia Panamericana de Bogotá no desearon suprimir la pena de muerte, ya que de lo contrario habrían pactado la prohibición, y en subsidio aprobado el texto del Comité Jurídico Interamericano que la limitaba a crímenes de excepcional gravedad. La interpretación del artículo 1º a la luz del sentido corriente de sus términos, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios que figuran en las Actas de la Conferencia, la supresión expresa de la norma relativa a la pena de muerte, permite concluir que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no reguló lo relativo a la pena de muerte, y desde luego mucho menos incluyó norma alguna sobre prohibición general o específica para aplicarla a menores de edad. Como conclusión de este primer aspecto se puede decir que si la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre guardó silencio sobre la pena de muerte y no aprobó el proyecto que la incluía, los Estados Unidos pueden establecer la pena de muerte sin violar el artículo 1º ni ninguna otra norma de la citada Declaración de Derechos Humanos.³⁶

En el caso *Statehood Solidarity Committee* y en sentido similar al voto antes transcrito del comisionado Kogod, la mayoría de la CIDH declaró que:

[a]l interpretar el artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión ha reconocido que el grado de autonomía que debe otorgarse a los Estados para organizar sus instituciones políticas a fin de dar efecto a esos derechos, como el derecho a la participación política, deja margen a una amplia variedad de formas de gobierno. Como lo ha determinado la Comisión, su función y objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos humanos fundamentales.³⁷

En la línea de reconocer la competencia nacional para identificar las circunstancias que ameritan la declaración de los estados de emergencia puede citarse el caso *Vásquez Vejarano*. En este informe la CIDH propone los estándares de control de la potestad estatal de emergencia:

³⁶ CIDH, Informe núm. 3/87, caso núm. 9647, *Terry Roach y Jay Pinkerton vs. USA*, 27 de marzo de 1987, salvamento de voto del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁷ CIDH, Informe núm. 98/03, caso núm. 11.204, *Statehood Solidarity Committee vs. USA*, 29 de diciembre de 2003, párr. 88.

Aunque en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el ‘margen de apreciación’ para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado. La Comisión tiene la función de evaluar si las circunstancias que condujeron al Gobierno peruano a declarar una emergencia en abril de 1992 encuadran dentro del significado convencional de los términos ‘guerra, peligro público’ u ‘otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte’. La Comisión debe evaluar, por ejemplo, si Perú ha excedido la ‘medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación’. *En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana.* La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, las circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración.³⁸

Por último, mención aparte merece la doctrina de la CIDH en materia de derechos no enumerados en la CADH. Si bien la imposibilidad de reconocer derechos no explícitamente enumerados no suele encontrarse dentro del elenco de hipótesis de operación de la doctrina del margen de apreciación, no es menos cierto que la autocontención en este campo es una forma de demostrar deferencia hacia el modo en que los ordenamientos nacionales estructuran su propio sistema de derechos. En este ámbito, la resistencia de la CIDH a reconocer una suerte de derecho al aborto a partir de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es clara en el caso *Baby Boy v. Estados Unidos*:

Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.³⁹

En el mismo caso, la CIDH arriba a idéntica conclusión a partir del texto de la CADH:

³⁸ CIDH, Informe núm. 48/00, caso núm. 11.166, Walter Vásquez Vejarano *vs.* Perú, 13 de abril de 2000, parr. 55 (énfasis añadido).

³⁹ CIDH, Resolución 23/81, caso núm. 2.141, Christian White y Gary Potter (por *Baby Boy*) *vs.* Estados Unidos, 6 de marzo de 1981, párr. 19, letra h.

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase ‘en general, desde el momento de la concepción’ no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula ‘en general, desde el momento de la concepción’ son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta ‘desde el momento de la concepción’, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.

31. Sin embargo, aceptando ‘*gratia argumentandi*’ que la Convención Americana hubiese establecido el concepto absoluto del derecho a la vida desde el momento de la concepción, sería imposible importar al Gobierno de Estados Unidos o de cualquier otro Estado miembro de la OEA, por medio de una ‘interpretación’, una obligación internacional basada en un tratado que dicho Estado no ha aceptado ni ratificado.⁴⁰

En el caso *Bomchil* y otros la CIDH debió pronunciarse, a propósito de una ley que establecía la colegiación obligatoria de los abogados de la Capital Federal, sobre la función de la Declaración Americana frente a la CADH y la inclusión de la libertad de trabajo en el texto de la misma. En dicho Informe se lee:

No es aceptable el argumento de los peticionarios de interpretar como incorporados a la Convención ‘todos los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por la vía del Artículo 1o., inciso 2 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estén o no incorporados a aquella’, pues esto no se aviene con las normas sobre interpretación de tratados del Artículo 31, inciso 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de la cual la República Argentina es Estado Parte, ya que no existe acuerdo o instrumento formulado o concertado entre los Estados Partes en la Convención Americana a los efectos de hacer valer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) como parte integrante de la Convención o suplementaria de la misma para los Estados Partes... [E]s regla de interpretación la que establece que ‘se debe presumir que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes’, tal como

⁴⁰ CIDH, Resolución 23/81, caso núm. 2.141, *Christian White y Gary Potter (por Baby Boy) vs. Estados Unidos*, 6 de marzo de 1981, párrs. 30 y 31 (énfasis original).

lo señaló la Comisión de Derecho Internacional en el examen del proyecto de la Convención sobre esa materia. Resulta que el texto de la Convención es claro sobre cuáles son los derechos protegidos por ella y, por tanto, razón de más para no hacer lugar a la referida interpretación de los peticionarios.⁴¹

Con relación a la libertad de trabajo y a la competencia de la CIDH para conocer de supuestas denuncias contra esta libertad se informó:

Pero, además, cabe observar, que la interpretación de referencia no se ajusta a lo dispuesto por el propio Estatuto de la CIDH que, mediante los Artículos 19 y 20 distribuye la competencia de este órgano entre los Estados Miembros de la OEA según que sean o no Partes en la Convención, sin que hasta el momento la práctica de la Comisión en la aplicación de las citadas disposiciones de su Estatuto pueda servir de base al criterio de los peticionarios. Es generalmente reconocido como norma de interpretación de tratados que, ‘cuando el sentido corriente de las palabras está claro y es lógico en el contexto de que se trate, no hay porque recurrir a otros medios de interpretación’ y que, por otra parte, es regla de interpretación la que establece que ‘se debe presumir que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes’, tal como lo señaló la Comisión de Derecho Internacional en el examen del proyecto de la Convención sobre esa materia. Resulta que el texto de la Convención es claro sobre cuáles son los derechos protegidos por ella y, por tanto, razón de más para no hacer lugar a la referida interpretación de los peticionarios. En consecuencia se concluye que, en cuanto a los Estados Partes en la Convención y para el caso que nos ocupa, la República Argentina, la CIDH solamente puede, conforme con su Reglamento (Art. 31), tomar en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de derechos humanos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales.⁴²

La misma línea argumental se reitera, respecto de la objeción de conciencia y el llamado servicio militar obligatorio, en el caso Sahli Vera y otros. En esta oportunidad la CIDH sostiene que la objeción de conciencia no es un derecho que emane directamente del texto de nuestra Carta

⁴¹ CIDH, Informe sobre los casos núm. 9.777 y núm. 9.718, Máximo Bomchil y Alejandro Ferrari, 30 de marzo de 1988, párr. V. 6.

⁴² *Ibidem*, párr. V.7.

Interamericana de Derechos. Tal como la CADH lo señala, la “exención por razones de conciencia”, dentro de la regulación del trabajo forzoso, que depende del reconocimiento de cada país. En lo pertinente el Informe señala:

La Convención Americana no crea y ni siquiera menciona expresamente el derecho de ‘objeción de conciencia’, el alegado derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley. El término ‘objectores de conciencia’ sólo aparece una vez en la Convención Americana. En el artículo 12, que establece el derecho a la libertad de conciencia y religión, no se hace mención explícita al término ‘objeción de conciencia’, sino que se hace referencia al mismo en el artículo que define el trabajo forzado u obligatorio. El artículo 6 de la Convención Americana define el derecho a ser libre de la esclavitud o de la servidumbre involuntaria, y el artículo 6(3)(b), siguiendo el Convenio N° 29 de la OIT sobre la misma materia, expresamente excluye de la definición de trabajo forzado o compulsivo el ‘servicio militar y, en los países que reconocen a los objetores de conciencia [sic], el servicio nacional que la ley prevea en lugar del servicio militar’... En suma, y conforme al análisis resumido que se realiza a continuación, la jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce la condición de objetor de conciencia en los países que prevén dicha condición en sus leyes nacionales. En los países que no prevén la condición de objetor de conciencia, los órganos internacionales de derechos humanos concluyen que no existe violación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión.⁴³

B. *La práctica ante la Corte IDH*

Las referencias a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte IDH son notoriamente inferiores a las que evidencia el TEDH. Con todo, es posible apreciar ciertos paralelismos que auguran, como en otras materias, una progresiva recepción de esa técnica de adjudicación. Sin el ánimo de ser exhaustivos, pueden identificarse someramente seis áreas en las que se ha aplicado de alguna forma la doctrina en estudio. Se trata, en particular, de las siguientes situaciones: *a)* el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH; *b)* la configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de

⁴³ CIDH, Informe 43/05 caso núm.12.219, Cristian Sahli y otros, 10 de marzo de 2005, párrs 37-38 (texto subrayado en el original).

los derechos reconocidos en la Convención; *c*) la valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención; *d*) la regulación de los derechos no reconocidos en la Convención; *e*) el alcance de la jurisdicción de la Corte IDH en los casos contenciosos, y *f*) el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

a. El desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH

Como se sabe, no todas las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos son autoejecutables en el ordenamiento interno. En ese sentido debe entenderse el artículo 2o. de la CADH en cuanto obliga a los Estados a tomar todas “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Esta obligación, de acuerdo con la doctrina, se cumple de alguna de estas dos formas: dictando normas que desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en el Pacto o suprimiendo aquellas que lo obstaculicen. Siguiendo esta línea, la Corte IDH ha hecho suya la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en cuanto al reconocimiento de un margen nacional al elegir el modo de desarrollar las disposiciones del Pacto. A través de la remisión expresa a las orientaciones contenidas en la observación general núm. 3 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁴ ha indicado que el deber de adoptar disposiciones internas también supone reconocer el arbitrio nacional. En la opinión consultiva OC-18/03, solicitada por México para dilucidar la compatibilidad entre la supresión de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes y el derecho a la igualdad, la Corte transcribe textualmente la observación general del Comité:

Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha observado que... en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista

⁴⁴ UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, 140 (1981).

en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos... A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto.⁴⁵

Esta doctrina no era nueva en la Corte IDH, pues ya en el caso *Herrera Ulloa* había reconocido el margen de apreciación de las autoridades estatales para configurar el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.⁴⁶

b. La configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH

Ya en las primeras opiniones consultivas de la Corte IDH quedó de manifiesto la tensión entre lo universal y lo particular. Pronunciándose sobre la justificación del trato racionalmente diferenciado, la Corte reconoció la variabilidad de las circunstancias que explican las diferencias de trato por parte de la autoridad:

⁴⁵ Corte IDH, opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 79 (énfasis añadido).

⁴⁶ Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 161 (énfasis añadido).

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.⁴⁷

Más adelante, respondiendo a la pregunta sobre los límites que impone el Pacto de San José a la definición constitucional de las reglas sobre la nacionalidad y la nacionalización, la Corte reconoce el margen de apreciación nacional y sus limitaciones:

62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.⁴⁸

⁴⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la nacionalización, párrs. 57 y 58.

⁴⁸ Opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la nacionalización.

En similar sentido, la sentencia dictada en el caso Castañeda, junto con reconocer la inexistencia de un modelo único electoral, reconoce el margen de apreciación de los Estados para articular los requisitos y restricciones para ejercer los derechos políticos, todo dentro de la obligación de respetar el principio de proporcionalidad:

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la ‘edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal’. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único —a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales— evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. *Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.*⁴⁹

c. La valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la CADH

Esta hipótesis es similar a la explicada en el párrafo anterior y tiene una notoria cercanía con la casuística desarrollada por el TEDH. Un ejemplo se encuentra en el caso Chaparro y Lapo, sobre la valoración de aquellas

⁴⁹ Corte IDH, caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 155 (énfasis añadido). Sobre la inexistencia de un modelo electoral universal, se lee en el párr. 52 lo siguiente: “[p]revio a ello, la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido. Ello se desprende de las normas que regulan los derechos políticos tanto en el ámbito universal como en el regional, y de las interpretaciones autorizadas realizadas por sus órganos de aplicación”.

circunstancias materiales que justifican las medidas cautelares de la libertad personal. De acuerdo con esta sentencia, corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de mantener las medidas cautelares en contra de una persona, competencia que en todo caso debe enmarcarse en el cumplimiento de los deberes de racionalidad (que conducen a la motivación) y proporcionalidad:

El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.⁵⁰

d. El reconocimiento de derechos no regulados en la CADH

El valor del silencio en los tratados de derechos humanos es una de las dimensiones poco exploradas del derecho internacional de los derechos de la persona.⁵¹ En efecto, la doctrina constitucional suele poner atención en los rasgos peculiares que los internacionalistas usualmente endilgan a

⁵⁰ Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 107.

⁵¹ Véanse los trabajos de Gros, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, 2000, pp. 145-172; y Bidart, Germán, “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el Derecho constitucional y el derecho internacional”, en Méndez, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Ibe-*

dichos instrumentos frente al derecho internacional convencional general (progresividad, reducción del campo de las reservas, evolutividad de la interpretación, etcétera). De este modo, no es raro ver cómo se combina la naturaleza *sui generis* de los tratados de derechos humanos⁵² con el carácter abierto que los listados de derechos suelen tener en el ámbito nacional. De esta mezcla de premisas (a las que pueden añadirse argumentos textuales al estilo del artículo 29 de la CADH) puede surgir, como conclusión, la idea que los derechos enumerados en los tratados no descarta el reconocimiento posterior de nuevas libertades. A mi juicio, esta conclusión no es exacta.

Las razones que abonan el carácter limitado del elenco de derechos reconocidos en los pactos no tienen que ver tanto con el desprestigiado argumento de la soberanía de los Estados (aunque las intenciones no dejan de ser una buena razón para entender los límites de la codificación) como con la necesidad pluralista de reconocer el margen del que disfrutaban los Estados para reconocer o negar otros derechos no enumerados. En este sentido, la Convención también puede ser entendida como un marco o conjunto de reglas dentro del cual los Estados aceptan someter a revisión sus decisiones u omisiones. Como lo señaló la Corte IDH en el asunto Viviana Gallardo, el sistema interamericano reposa sobre ciertos equilibrios institucionales que es necesario resguardar incluso dentro del proceso de interpretación de la CADH:

La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.⁵³

roamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 103-113.

⁵² Véase la opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 29.

⁵³ Corte IDH, caso Viviana Gallardo, sentencia del 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

A la práctica de la CIDH en materia de objeción de conciencia y derechos del que está por nacer puede agregarse lo relativo a la pena de muerte. En efecto, la Corte IDH recientemente ha renunciado a completar el listado de derechos del Pacto de San José reiterando la idea que la pena de muerte no es *per se* contraria a la CADH. En el caso *Dacosta Dogan* la Corte sentencia:

Al interpretar el tema de la pena de muerte en general, la Corte ha observado que el artículo 4.2 de la Convención permite la privación del derecho a la vida por medio de la imposición de la pena de muerte en aquellos Estados en los que no ha sido abolida. Esto es, que la pena de muerte no es *per se* incompatible o prohibida por la Convención Americana. Sin embargo, la Convención ha establecido una serie de limitaciones estrictas a la imposición de la pena de muerte. Primero, la imposición de la pena de muerte debe limitarse a los delitos comunes más graves no relacionados con los delitos políticos. Segundo, la pena debe ser individualizada según las características del delito, la participación del acusado y su grado de culpabilidad. Por último, la imposición de esta sanción está sujeta a ciertas garantías procesales y el cumplimiento de las mismas debe ser estrictamente observado y revisado.⁵⁴

En el reciente caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*⁵⁵ se planteó el problema del alcance de la jurisdicción de la Corte respecto de la discriminación por orientación sexual. El Estado de Chile sostuvo que:

Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance el tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos (párr. 74).

Frente a esta alegación, la Corte IDH reiteró el principio de interpretación progresiva y resolvió que:

⁵⁴ Corte IDH, caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia del 24 de septiembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 108.

⁵⁵ Corte IDH, caso *Atala y Niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012.

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.⁵⁸

Si bien el caso *Atala* no se refería exactamente a un derecho nuevo, él tiene relevancia por cuanto, metodológicamente, no habría creación a partir de los procesos de interpretación evolutiva, ni sería relevante en ese contexto la referencia a un elemento corriente en la argumentación de la doctrina del margen de apreciación, el cual es el discurso del consenso. De este modo, la doctrina del margen de apreciación no tendría cabida en aquellos casos en que, a partir de una literalidad determinada, es posible enriquecer el texto a partir de nuevas significaciones del mismo.

e. El alcance de la jurisdicción de la Corte IDH
en los casos contenciosos

La doctrina de la deferencia también se evidencia en el plano jurisdiccional. En este contexto la Corte se abstiene de entrar en calificaciones complejas al momento de establecer los perjuicios derivados de la infracción a los deberes internacionales del Estado. Se trata pues, de una forma de deferencia entre órganos jurisdiccionales. En el caso *Chaparro y Lapo* la Corte IDH defiere ciertos juicios a otros órganos mejor capacitados para realizarlos:

⁵⁶ Corte IDH, caso *Atala y Niñas v. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 92. Véase el voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez, que sostiene que, en razón del margen de apreciación, no es “necesario ni prudente” invocar la infracción del artículo 17.1 CADH en lo que a la familia se refiere.

Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, inter alia, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizad y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tiene en cuenta que dicha fábrica había operado por varios años y que al momento de los hechos había recibido algunos préstamos para mejorar su productividad, razones por las cuales fija en equidad el monto de US\$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por este concepto. En caso de que el monto determinado en el procedimiento arbitral sea mayor que lo ordenado por la Corte en esta Sentencia, el Estado podrá descontar a la víctima la cantidad fijada en equidad por este Tribunal. Si el monto determinado en el procedimiento de arbitraje es menor, la víctima conservará los US\$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) fijados en esta Sentencia. La cantidad establecida por esta Corte deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo no mayor a un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.⁵⁷

f. El cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

Se ha afirmado que:

Es práctica constante de la Corte, en aras de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, que aquélla solicite información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento, así como recabar las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes. Una vez que el Tribunal cuenta con esa información puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para ese fin y, en su caso, cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General, en los términos del artículo 65 de la Convención.⁵⁸

⁵⁷ Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 232. Este criterio fue controvertido posteriormente y sin éxito por Ecuador: Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia del 26 de noviembre de 2008 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

⁵⁸ Corte IDH, resolución de 29 de junio de 2005 (supervisión de cumplimiento de sentencias), párr. 8.

Es interesante advertir que también en este proceso de supervisión se encuentran trazas del poder de apreciación de los Estados. Naturalmente no puede tratarse de una libertad que anule el contenido de la sentencia, pero sí de un margen para configurar los mecanismos procesales que permiten su cumplimiento. Como se sabe:

Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effét utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.⁵⁹

En similar línea, en el fallo sobre interpretación de la sentencia Escué Zapata se lee:

La sentencia de la Corte Interamericana no exigió (porque no puede) condenas penales en el caso Escué Zapata; pero, de otro lado, aspira a que las investigaciones penales no sean cajas negras cerradas en las que las investigaciones no avancen debidamente o que, por falta de información adecuada, la sentencia absolutoria se convierta en una forma de victimización secundaria. *Estos mecanismos de comunicación procesal están establecidos en la leyes nacionales donde los Estados tienen un amplio margen de apreciación, pero con esta Sentencia de Interpretación la Corte reflexiona sobre este elemento de los artículos 8 y 25 para evitar que el deber de comunicación e información a las víctimas sea incompletamente cumplido mediante meras notificaciones formales de decisiones sin contexto, sin perspectiva o sin esperanza.*⁶⁰

⁵⁹ Corte IDH, caso Molina Theissen *vs.* Guatemala 16 de noviembre de 2009 (supervisión de cumplimiento). En igual sentido, caso del Caracazo *vs.* Venezuela, 23 de septiembre de 2009 (supervisión de cumplimiento de sentencia). Esta jurisprudencia viene de la década de los noventa, véase Corte IDH, caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, sentencia del 24 de septiembre de 1999 (competencia), párr. 37; Gómez Palomino *vs.* Perú, resolución del 18 de octubre de 2007 (supervisión de cumplimiento de sentencia), cons. 4o.; y García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, 25 de noviembre de 2005, cons. 7o.

⁶⁰ Corte IDH, caso Escué Zapata *vs.* Colombia, sentencia del 5 de mayo de 2008 (interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas), voto concurrente del juez *ad hoc* Diego Eduardo López Medina, párr. 9 (énfasis añadido).

C. *Aproximación comparativa*

Si bien el presente estudio no pretende hacer una comparación exhaustiva entre la jurisprudencia de la Corte IDH y el TEDH, es inevitable observar los paralelismos y las diferencias entre ambas instituciones. En el primer campo, se advierten el uso de un lenguaje similar, que forma parte de la influencia recíproca que generan los precedentes de ambos tribunales. Para nadie es un misterio que cada Corte se encuentra informada de las sentencias más relevantes de la otra, de modo que no es difícil encontrar los precedentes de una en el elenco de argumentos de la otra. Este fenómeno corresponde a la construcción de aquello que la literatura contemporánea identifica con la comunidad “global” de jurisdicciones. Por lo que se refiere al particular campo de la doctrina del margen de apreciación, como acaba de ser demostrado, es posible identificar en la doctrina de la CIDH y la Corte IDH una casuística que en su estructura se asemeja a la experiencia europea. Más allá de la coincidencia textual de las palabras con que se identifica a esta técnica y de las críticas que parte de la doctrina más autorizada ha formulado a la importación de este concepto,⁶¹ existen razones sustanciales que permiten sostener la existencia de un principio común. La deferencia hacia el modo en que los Estados suscriptores del Pacto de San José desarrollan los derechos reconocidos en él o hacia la valoración nacional de las circunstancias que ameritan la restricción del ejercicio de algunos derechos son ejemplos demostrativos de la existencia de una práctica o, mejor, de un principio general de adjudicación. De esta similitud estructural fluye, pues, la conclusión de que estamos ante un mismo principio.

Las diferencias parecen advertirse en el terreno de la intensidad con que el principio se reconoce dentro del sistema interamericano. Para sostener esta tesis naturalmente es insuficiente comparar el número de oportunidades en que la doctrina ha sido aplicada aquí y allá. Las diferencias sustantivas más bien subyacen en un número indeterminado de casos en que la Corte IDH o la CIDH pudieron haber hecho aplicación de la doctrina y no lo hicieron. Ahora bien, analizar esta última categoría de casos supone excluir un número importante de denuncias en las que, no obstante haberse invocado alguna forma de deferencia, el margen de apreciación no tendría la más mínima posibilidad de ser aplicado. En efecto, si tomamos como parte fundamental de la justificación de dicha doctrina la falta de consenso

⁶¹ Cfr. Cançado, Antonio, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

sobre principios y situaciones que varían de lugar en lugar, resulta que la misma presupone —como el reverso de una misma medalla— la existencia de ciertos principios y situaciones donde el recurso a la diversidad no tiene lugar. Esta última es la aspiración misma de la filosofía de los derechos humanos codificados, como principios positivos universales de justicia que no se detienen ante la soberanía de las fronteras. Se trata de principios que demuestran, como decía Aristóteles en *Ética a Nicómaco*, que el fuego puede quemar tanto aquí como en Persia. Tratándose, por ejemplo, de la prohibición de la tortura, de las desapariciones forzadas (práctica que desgraciadamente fue corriente en décadas pasadas), de las detenciones y ejecuciones ilegales, no cabe duda que la doctrina del margen de apreciación no puede tener aplicación. Este dato es importante si se tiene en consideración que cerca de dos tercios de las denuncias en el sistema interamericano se refieren a la vida e integridad de las personas.⁶²

De lo dicho es posible sugerir que las diferencias de intensidad deben ser medidas a partir de los casos difíciles. Por caso difícil entiendo aquí el problema que puede admitir más de una respuesta razonablemente justa y no, como ha quedado dicho, aquel tipo de problemas —usualmente tragedias— donde la respuesta es, o por lo menos debe ser, unívoca. En este sentido, todo análisis comparativo debería, como primera opción, separar de las estadísticas el primer tipo de casos de los segundos. Si se hiciera esta primera filtración de casos, con la sola seguridad que me da la intuición, es muy posible que el número de casos difíciles en el sistema interamericano sea notoriamente inferior. En efecto, las denuncias por hechos en los que no tiene cabida la doctrina del margen de apreciación parecen superar con creces los casos en que este principio podría ser aplicable. Los factores explicativos de este fenómeno son de diversa naturaleza. En un trabajo reciente, la profesora chilena María Angélica Benavides propone la existencia de cierta tendencia de la Corte IDH hacia el universalismo, el reducido desarrollo democrático de la región (explicación que confronta con las reflexiones del juez Cançado) y la juventud relativa del sistema interamericano.⁶³ A mi juicio, la tendencia hacia el universalismo, que resume correctamente el diagnóstico global del estado de la cuestión, forma más bien parte del problema que de su explicación. Por otra parte, y sin desdeñar la primacía que ha tenido la inestabilidad política, creo que es

⁶² *Ibidem*, p. 389.

⁶³ Benavides, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, núm. 15/1, 2009, pp. 308 y 309.

posible añadir otros factores para la discusión. Entre ellos pueden señalarse la diversa construcción normativa o textual de los instrumentos fundacionales (la CADH y el CEDH, respectivamente), el modo en que se han planteado los casos, la mayor homogeneidad cultural y jurídica al interior de la comunidad que integra el sistema, el menor desarrollo económico y la inexistencia de procesos verdaderos de integración económica y política. El análisis de cada uno de estos factores daría para un estudio separado.

Sólo después de hacer la separación de los casos difíciles es posible la comparación y la valoración crítica del desarrollo de la doctrina en ambos sistemas. Un examen superficial sugiere que los desarrollos todavía no son equivalentes. En efecto, hay ámbitos en los que parece haber sintonía entre ambas jurisdicciones y otros donde derechamente no hay tal. Entre los primeros puede destacarse la jurisprudencia sobre la exclusión de las amnistías, donde parece haber coincidencia entre la Corte IDH y el TEDH, en orden a no admitir la aplicación de leyes de amnistías autoconcedidas para obtener la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Los principios desarrollados en los casos *Almonacid*⁶⁴ o *Barrios Altos*⁶⁵ por la Corte IDH y en *Ely Ould Dah vs. Francia*⁶⁶ por el TEDH, son notoriamente similares,

⁶⁴ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Debe dejarse en claro que, en todo caso, en este procedimiento al Estado de Chile nunca invocó su ordenamiento interno para justificar la legitimidad del Decreto Ley de amnistía de 1978 (*Diario Oficial* del 19 de abril de 1978).

⁶⁵ Corte IDH, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al.)*, sentencia del 14 de marzo de 2001. En este caso el Estado peruano se allanó a la denuncia de la CIDH.

⁶⁶ TEDH, caso *Ould Dah vs. Francia* (caso núm. 13.113/03), decisión de admisibilidad del 17 de marzo de 2009. Este es un caso relativo a la llamada “jurisdicción universal”, en el cual un ciudadano mauritano reclama de su juzgamiento en Francia a pesar de la existencia de una ley de amnistía en su país. En este caso, en el párr. 7 la Corte apela primeramente a fallos anteriores para reiterar el principio según el cual cada Estado es libre de optar por el sistema de persecución penal que prefiera: “La Cour rappelle que dans son arrêt *Achour vs. France*, elle a estimé que ‘les Hautes Parties contractantes [sont libres] de décider de leur politique criminelle, sur laquelle elle n’a pas en principe à se prononcer’ et que ‘le choix par un Etat de tel ou tel système pénal échappe en principe au contrôle européen exercé par elle, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention’ (*Achour vs. France* [GC], núm. 67335/01, respectivement §§ 44 et 51, CEDH 2006-IV)”. Luego rechaza las amnistías contrarias al Derecho internacional: “Or, de l’avis de la Cour, l’impérieuse nécessité de l’interdiction de la torture et de la poursuite éventuelle des personnes qui enfreignent cette règle universelle, ainsi que l’exercice par un Etat signataire de la compétence universelle prévue par la Convention contre la torture, seraient vidés de leur substance

en el sentido que las señaladas amnistías —como modos de restringir el derecho a la verdad, a la tutela judicial y a la reparación— quedan fuera de cualquier posibilidad de reconocimiento del margen de apreciación estatal. En la misma línea habría que incluir los pronunciamientos relativos a la objeción de conciencia donde los principios desarrollados por la CIDH en Sahli y otros se asemejan bastante a la jurisprudencia europea más reciente sobre el particular.⁶⁷ Incluso más, si se examina con detenimiento la argumentación del TEDH en el caso *Tysiāc*,⁶⁸ podría decirse con propiedad, y guardando las distancias de tiempo y de lugar, que es más deferente el criterio mostrado por la CIDH en *Baby Boy*.

Entre los casos donde no se advierte sintonía ocupa un lugar especial la jurisprudencia relativa a las restricciones a la libertad de expresión. En efecto, si se comparan los criterios seguidos por la Corte IDH en el fallo

s'il fallait retenir seulement la compétence juridictionnelle de cet Etat, sans pour autant admettre l'applicabilité de la législation pertinente dudit Etat. A n'en pas douter, écarter cette législation au profit de décisions ou de lois de circonstance adoptées par l'Etat du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle, et réduirait à néant le but poursuivi par la Convention du 10 décembre 1984. A l'instar du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes”.

⁶⁷ Lo informado por la CIDH en el caso Sahli y otros, concuerda con el criterio reciente del TEDH. En el caso *Bayatyan vs. Armenia* (caso núm. 23459/03), sentencia del 27 de octubre de 2009, párr. 63, el TEDH resolvió lo siguiente: “The Court does not deny that the majority of member states of the Council of Europe have indeed adopted laws providing for various forms of alternative service for conscientious objectors. At the same time, the Court cannot overlook the provisions contained in Article 4 § 3 (b) of the Convention summarised above (see paragraphs 56-57 above). In the Court’s opinion, since this Article clearly left the choice of recognising conscientious objectors to each Contracting Party, the fact that the majority of the Contracting Parties have recognised this right cannot be relied upon to hold a Contracting Party which has not done so to be in violation of its Convention obligations. Consequently, as far as this particular issue is concerned, this factor cannot serve a useful purpose for the evolutive interpretation of the Convention. In such circumstances, the Court concludes that Article 9, read in the light of Article 4 § 3 (b), does not guarantee a right to refuse military service on conscientious grounds”.

⁶⁸ *Tysiāc vs. Polonia* (caso 5410/03), sentencia del 20 de marzo de 2007.

de la Última Tentación de Cristo⁶⁹ con la argumentación del TEDH en los casos Wingrove⁷⁰ u Otto-Preminger⁷¹ (en los cuales hay expresa referencia a la doctrina del margen de apreciación), es posible advertir cierta reticencia por parte de la Corte IDH para admitir que, bajo ciertas circunstancias, las autoridades nacionales están mejor capacitadas para decidir cuándo una determinada obra del intelecto ofende los sentimientos religiosos predominantes en una comunidad. Con todo, al margen de las críticas y dificultades que presentan estos casos⁷² desde la perspectiva de la libertad de expresión y de la tolerancia religiosa,⁷³ es interesante observar en este caso una evidencia de las razones que explican el diverso desarrollo de la doctrina del margen en uno y otro hemisferio. En efecto, como se sugería más arriba, el desarrollo de la doctrina depende también del diverso modo en que se construyen los casos. Hay que recordar que la Última Tentación es un caso que se inicia en Chile, según puede leerse en el expediente judicial, en defensa de la honra de los afectados y de “nuestro Señor Jesucristo” (figura curiosa desde el punto de vista procesal y ciertamente heterodoxa desde el teológico). Siendo primariamente un caso de honra *versus* libertad de expresión, el discurso sobre la libertad religiosa y el derecho al respeto de los símbolos religiosos quedó completamente relegado a un segundo plano.

⁶⁹ Corte IDH, caso “La Última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001.

⁷⁰ TEDH, Wingrove *vs.* Reino Unido (caso núm. 17.419/90), sentencia del 25 de noviembre de 1996.

⁷¹ TEDH, Otto-Preminger Institut *vs.* Austria (caso núm. 13.470/87), sentencia del 20 de septiembre de 1994.

⁷² Sobre libertad y símbolos religiosos, véanse posteriormente el caso Şahin y el *affaire Lautsi*. En el primero, Leyla Şahin *vs.* Turquía, sentencia de 10 de noviembre de 2005, el TEDH consideró que la prohibición de las autoridades turcas de exhibir el *foulard* islámico en las universidades no violaba los derechos reconocidos en la Convención europea. Recientemente en Lautsi *vs.* Italia, sentencia de 3 de noviembre de 2009, el TEDH estimó que la exhibición de crucifijos en establecimientos educacionales públicos restringe el derecho de los padres de educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas y que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado debe garantizar el pluralismo en las escuelas públicas. Cabe subrayar que el gobierno italiano expresamente argumentó sobre la conocida base del margen de apreciación.

⁷³ Véase Delmas-Marty, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, París, Seuil, 2006, pp. 85-88.

III. EN DEFENSA DEL SENTIDO CONSTITUCIONAL DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

1. *Pars destruens*

Más arriba se decía que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano ha sido objeto de fuertes prevenciones por parte influyente de la literatura científica. A las fuertes críticas de Cançado, basadas en el escaso desarrollo democrático y en la proverbial debilidad de las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos,⁷⁴ podrían añadirse las que se observan en la misma cuna del sistema europeo. Estas últimas han sido estupendamente resumidas por García Roca: falta de mención y debate en los trabajos preparatorios, origen oscuro, construcción débil (que permite aplicaciones variadas y contradictorias, “vale para casi todo”), invitación a la discrecionalidad, falta de sistematización de sus componentes, en fin, cualquier cosa menos “una verdadera teoría jurídica”.⁷⁵ Para otro sector de la doctrina, la teoría de consenso, como fundamento procedimental a la doctrina del margen de apreciación, también es objetada. Como se sabe, la doctrina suele justificarse en términos comparativos, señalándose que un factor relevante para la aplicación de la doctrina es la falta de consenso: si la práctica que el Estado alega que forma parte de su margen de apreciación no se encuentra en otro de los Estados que conforman la comunidad, ella se torna sospechosa.⁷⁶ Pues bien, este sustento comparativo tampoco escapa a la crítica, que más de alguna vez ha indicado que el método comparativo del TEDH es superficial o, lo que es más grave, que la identificación del consenso esconde otros males. Para algunos, la constatación del consenso hace poco predecibles las decisiones del Tribunal Europeo⁷⁷ o perjudica a las minorías, cuyos valores difícilmente

⁷⁴ Cançado, Antonio, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

⁷⁵ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, pp. 117 y ss.

⁷⁶ Brems, Eva, *op. cit.*, p. 276, y, con mayor profundidad, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, Martinus Nijhoff Kluwer Law International, 2001, pp. 411 y ss.

⁷⁷ Jones, Timothy, “The Devaluation of Human Rights Under the European Convention”, *Public Law*, 1995, p. 441.

encuentran eco en la legislación o práctica de los Estados.⁷⁸ La doctrina en cuestión podría, en opinión de algunos, conducir a los tribunales a abdicar de su misión de control y reducir los estándares de revisión hacia los más bajos denominadores “comunes”. Para otros, el juzgamiento sobre la base de líneas artificiales que separan mínimos de máximos entrega un mensaje errático a la comunidad (jueces, legisladores, etcétera), que fácilmente puede interpretarse “la ‘no violación internacional’ como una licencia para proceder con medidas restrictivas sin haber realizado su propia evaluación en profundidad”.⁷⁹

Como acontece con casi todo orden de cosas, la doctrina en cuestión ciertamente que puede ser objeto de abusos y, naturalmente, ni el abuso ni la resurrección de la “razón de Estado” son prácticas institucionales que quieran defenderse aquí. De hecho, si se examinan los anales de la Corte IDH y la CIDH pueden encontrarse notables apelaciones a las viejas doctrinas —como la seguridad nacional o al espíritu del carácter nacional— que pretendieron excluir del escrutinio internacional graves formas de persecución política o religiosa.⁸⁰ Y aunque haya motivos para pensar que el lenguaje de los derechos es uno más de los múltiples discursos de la libertad, tampoco se trata de esconder los abusos detrás de una suerte de relativismo cultural que puede llegar a negar la idea misma de derecho. Como ha sido dicho en otro lugar, así como el universalismo a ultranza esconde a la arrogancia, el relativismo hace lo propio con la indiferencia.⁸¹

2. *Pars construens*

Hechas estas advertencias cabe preguntarse si existen buenas razones para sostener la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el

⁷⁸ Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 31, 1998, p. 85.

⁷⁹ Brems, Eva, “Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives”, *Human Rights Law Review*, núm. 9/3, 2009, p. 353.

⁸⁰ Véase CIDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19, 11 abril 1980. Dicho informe de cuenta de la prohibición del ejercicio público de la religión de los testigos de Jehová por “sostener principios contrarios a la nacionalidad, a instituciones básicas del Estado y a preceptos fundamentales de su legislación [legislación argentina]”. El caso es el núm. 2137.

⁸¹ Dembour, Marie-Benedictine, “Following the Movement of Pendulum: Between Universalism and Relativism”, en Cowan, Ian *et al.* (eds.), *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 58-60.

sistema interamericano. La respuesta que me atrevo a sugerir en este documento es afirmativa. Una primera razón para sostener esta idea podría ser la convicción de que, en medio de la gran ola de la internacionalización y consecuente desnacionalización de los derechos estatales, una parte de la doctrina latinoamericana parece haber sucumbido demasiado rápido al encanto de lo “internacional”. Esta seducción que el derecho internacional ha ejercido sobre la literatura, la legislación, la jurisdicción y hasta la política (incluyendo la revisión constitucional), se explica razonablemente en el aislamiento que varios países, entre los que se encuentra Chile, tuvieron que padecer mientras fueron gobernados por autoridades no democráticas. Este aislamiento, del que afortunadamente han salido la gran mayoría de las repúblicas latinoamericanas, influyó notablemente para que la conducta más natural de las recién rehabilitadas democracias fuese suscribir la mayor cantidad de compromisos internacionales y, al mismo tiempo, depositar una gran confianza en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Es probable que en este tránsito hacia la unidad haya quedado traspapelada la idea de la diversidad, del mismo modo en que en algún momento se perdió la noción de defensa de los fueros locales frente a los poderes reales. Sin embargo, como todos los caminos, la internacionalización y desnacionalización de los procedimientos para resolver las disputas entre los individuos también tiene una vía de regreso y la doctrina del margen de apreciación precisamente deja abierta la puerta para renacionalizar el discurso a favor de una respuesta más cercana a los usos y normas locales. El discurso de la universalidad a ultranza, en cambio, descarta cualquier posibilidad de resolver los problemas universales de la libertad en clave nacional, como si todos los conceptos —incluidos los derechos reconocidos en las convenciones internacionales— admitiesen como única significación la interpretación oficial del tribunal internacional. Descartar, de entrada, la posibilidad de que existan versiones locales de lo universal no parece razonable.

Es cierto que la práctica europea, por sí misma, podría no representar nada. En efecto, decir que una determinada forma de hacer las cosas es buena porque se usa en Europa no agrega nada que no sea —a lo más— el viejo argumento de autoridad. Todavía más, podría añadirse que con la incorporación de todas las repúblicas que venían detrás de la antigua cortina de hierro la doctrina avanza hacia un precipicio.⁸² Sin embargo, estas objeciones no me parecen todavía definitivas. Por lo que se refiere a la recon-

⁸² Véase en este sentido Cançado, Antonio, *op. cit.*, p. 398.

sideración de la doctrina tras la ampliación del Consejo de Europa, la sola observación de la realidad conduce a otra conclusión: la práctica de la doctrina con países como Turquía o Armenia demuestra que el principio goza todavía de buena salud, como también (guardando las proporciones) empieza a disfrutarla en el derecho comunitario. A esa observación hay que añadir otra, desde las premisas de todas las jurisdicciones que revisan actuaciones de órganos depositarios de parte de la soberanía.

Una segunda razón que obra a favor de esta doctrina es que se trata de una técnica que no es ajena a otras realidades jurisdiccionales. En efecto, para nadie es un misterio que la doctrina del margen de apreciación se encuentra emparentada a aquellos principios judiciales que impiden la revisión judicial de la actividad administrativa discrecional.⁸³ Como es bien conocido, estas formas de autocontención se sustentan en la inconveniencia de la sustitución de las funciones gubernativas o legislativas de parte de los órganos jurisdiccionales, del mismo modo en que la doctrina norteamericana de las *political questions* explica la deferencia judicial en los procedimientos propios de la *judicial review*. Este deber de deferencia parece ser propio de la función jurisdiccional de modo que, allí donde ésta existe tiene aplicación, también tiene logros y desaciertos en su configuración. Entre los desaciertos se incluyen tanto los excesos de intervención, que conducen al activismo judicial, como la falta de aquella, que genera desprotección.

En tercer lugar puede recordarse el nexo entre la doctrina en comento y algunos principios fundamentales de la organización jurisdiccional internacional. En el plano de la justicia de los derechos humanos, se ha subrayado la relación entre el margen de apreciación y el principio de subsidiariedad. Como lo ha recordado recientemente la Corte IDH, “[l]a jurisdicción internacional es subsidiaria, coadyudante y complementaria”.⁸⁴ La mentada

⁸³ Yourow, Howard, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ Corte IDH, caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 64, notas marginales omitidas. La Corte se remite a la jurisprudencia sobre subsidiariedad de los casos Acevedo Jaramillo y otros *vs.* Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 66, y Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas), párr. 47. El carácter complementario aparece en esta sentencia fundamentado en el Preámbulo de la CADH y también en la opiniones consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 31; OC-6/86 9 de mayo de 1986, párr. 26; y el caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo), párr. 61.

subsidiariedad es precisamente el sustento del margen de apreciación en el plano jurisdiccional internacional general y, como lo ha sostenido Carozza, en el particular de los derechos humanos.⁸⁵ En este último ámbito hay que recordar que, la “mejor posición” de los órganos nacionales para pronunciarse sobre el alcance de ciertos derechos, si bien no fue explicitada en el texto del Pacto de San José, a través parte de los trabajos preparatorios de dicho instrumento, lo que hace pensar que en algún sentido ella estuvo en la mente de los representantes. Más allá de algunas referencias a los antiguos principios de soberanía y no intervención⁸⁶ o de la constante presión de Estados Unidos por bajar la intensidad normativa de varios artículos de la Convención, es interesante examinar los trabajos preparatorios y encontrarse con algunas referencias que dan cuenta, aunque sea de modo germinal, de la flexibilidad que reconocen normas como los artículos 2o. o el 4o. de la CADH (*vs. gr.* en lo relativo a la pena de muerte),⁸⁷ o la posición de las Constituciones frente a la Convención,⁸⁸ como límites a la significación que debía darse al texto que recién se aprobaba.

Ahora bien, como todas las herramientas de contención judicial que no se encuentran codificadas, la doctrina del margen de apreciación posee unos límites móviles que varían de lugar en lugar y, particularmente, de tiempo en tiempo. Esta variabilidad, propia de todos los principios, es la que precisamente permite evaluar las circunstancias de su aplicación como sus ventajas.⁸⁹ En efecto, y aunque no es objeto de la presente investigación, buena parte de la literatura contemporánea destaca las ventajas del discurso flexible sobre la rigidez de las soluciones jerárquicas. Buen ejemplo de ello lo representa la jurisprudencia del TJUE. Este Tribunal —conforme se han ido consolidando las instituciones comunitarias y la sujeción nacional a las normas y principios emanados de aquellas— ha ido cediendo

⁸⁵ Carozza, Paolo, “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, núm. 97/38, 2003, pp. 40, 61 y ss.

⁸⁶ Véanse, por ejemplo, las alegaciones de la delegación de México o Ecuador en la Conferencia que dio lugar a la CADH, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Actas y Documentos, San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969* OEA/Ser-K/XVI/1.2, Washington D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1969, pp. 100 y 104, respectivamente.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 146, 440 y 441, delegación de Estados Unidos, y p. 440, delegación de Brasil.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 152, delegación de México.

⁸⁹ Van Drooghenbroeck, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 502.

espacio a la diversidad a través de fallos que eran realmente inimaginables en la década de los cincuenta o sesenta. Por eso es que tampoco se puede juzgar definitivamente la conveniencia del principio sobre la base de circunstancias que varían con el tiempo. Por grave que sea la objeción relativa al desarrollo democrático en la región o, podría agregarse, la acusación sobre la poca vigencia del *pacta sunt servanda* (v. gr. si un informe de la CIDH o una sentencia de la Corte IDH no gusta, entonces el Pacto de San José se denuncia) no hay razones para esperar que esas circunstancias sean definitivas en el tiempo ni menos aun generalizadas en toda la región. Eternizarlas y generalizarlas sólo conduce a negar las legítimas aspiraciones de diversidad por parte de aquellas comunidades que han logrado dejar atrás el fantasma de la dictadura y que precisamente habrán de ofrecer los casos difíciles en que tiene sentido hablar del margen de apreciación. Como lo recuerda Sagüés, frente a las experiencias “traumáticas” de negación o rechazo de la jurisdicción internacional, la doctrina del margen de apreciación procura “compatibilizar” la jurisdicción internacional con la interna, evitando potenciales “defectos de comprensión de las realidades locales”.⁹⁰

Por último, tampoco es despreciable el argumento relativo al cuidado de la cohesión dentro de las comunidades que se forman al alero de los tratados de derechos humanos. Como lo recordaba Bryce, toda comunidad se conforma por fuerzas centrípetas que mantienen los lazos de unión atados, pero al mismo tiempo ninguna comunidad se escapa de poseer fuerzas centrífugas que influyen en sentido contrario: “The history of every community and every constitution may be regarded as a struggle between the action of these two forces, that which draws together and that which pushes apart, that which unites and that which disserves”.⁹¹ En este sentido, el margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas políticas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, “el más notable ejemplo” del impacto del principio de subsidiariedad, es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular.⁹² Se trata pues, de una moderna

⁹⁰ Sagüés, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, núm. 9/1, 2003, p. 220.

⁹¹ Bryce, James, *op. cit.*, p. 251.

⁹² Carozza, Paolo, *op. cit.*, p. 40.

vía para articular la formación de una comunidad constitucional que reconoce, como pieza fundamental de su arquitectura política, el necesario equilibrio entre lo común y lo particular, entre lo nacional y lo internacional; en definitiva, entre la unidad y la diversidad. De ahí que se haya dicho con razón que si se suprimiera o prohibiera esta técnica decisoria, probablemente otra tomaría su lugar.⁹³

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. *Doctrina*

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The margin of appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anwerp-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002.

———, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 16/1, 1998.

BENAVIDES, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, núm. 15/1, 2009.

BENVENISTI, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 31, 1998.

BIDART, Germán, “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en MÉNDEZ, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

VON BOGDANDY, Armin y BAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, Hart, 2007.

BREMS, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 56, 1996.

———, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, Martinus Nijhoff Kluwer Law International, 2001.

———, “Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives”, *Human Rights Law Review*, núm. 9/3, 2009.

⁹³ Ronald St. John Macdonald, citado en Brems, Eva, *op. cit.*, p. 293.

- BRYCE, James, “The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions”, en BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, vol. I.
- CANÇADO, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CANCELA, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, Publicacións da Cátedra Jean Monnet USC, 2001.
- CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, núm. 97/38, 2003.
- CASS, Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Actas y Documentos, San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969 OEA/Ser-K/XVI/1.2*, Washington D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1969.
- CROLEY, Steven y JACKSON, John, “WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, núm. 90/2, 1996.
- DÍAZ, María, “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, París, Seuil, 2006.
- DEMBOUR, Marie-Benedictine, “Following the Movement of Pendulum: Between Universalism and Relativism”, en COWAN, Ian *et al.* (eds.), *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- DROOGHENBROECK, Sébastien van, *La proportionalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Bruylant, 2001.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007.

- , *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: entre soberanía e integración*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- GROS, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana de sobre derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, 2000.
- HUTCHINSON, Michael, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 48, 1999.
- JONES, Timothy, “The Devaluation of Human Rights Under the European Convention”, *Public Law*, 1995.
- LETSAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- OESCH, Matthias, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- SAGÜÉS, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, núm. 9/1, 2003, pp. 205-221.
- SHANY, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 26/5, 2006, pp. 907-940.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, núm. 44/1, 2003, pp. 191-219.
- y BURKE-WHITE, William, “The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)”, en NIJMAN, J. y NOLLKAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 110-133.
- YOUROW, Howard, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

2. *Jurisprudencia*

A. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Informe núm. 23/81, caso núm. 2.141, Christian White y Gary Potter (por Baby Boy) vs. Estados Unidos, 6 de marzo de 1981.

- Informe núm. 3/87, caso núm. 9647, Terry Roach y Jay Pinkerton *vs.* USA, 27 de marzo de 1987.
- Informe sobre los casos núm. 9.777 y núm. 9.718, Máximo Bomchil y Alejandro Ferrari, 30 de marzo de 1988.
- Informe núm. 30/93, caso núm. 10.804, José Efraín Montt *vs.* Guatemala, 12 de octubre de 1993.
- Informe núm. 71/99, caso núm. 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo *vs.* Colombia, 4 de mayo de 1999 (admisibilidad).
- Informe núm. 137/99, Andrés Aylwin y otros *vs.* Chile, 27 de diciembre de 1999.
- Informe núm. 48/00, caso núm. 11.166, Walter Vásquez Vejarano *vs.* Perú, 13 de abril de 2000.
- Informe núm. 25/01, caso núm. 12.144, Álvaro Robelo González *vs.* Nicaragua, 5 de marzo de 2001.
- Informe núm. 98/03, caso núm. 11.204, Statehood Solidarity Committee *vs.* USA, 29 de diciembre de 2003.
- Informe núm. 25/04, caso núm. 12.631, Ana Sánchez Villalobos y otros *vs.* Costa Rica, 11 de marzo de 2004 (admisibilidad).
- Informe 43/05, caso núm. 12.219, Cristian Sahli y otros, 10 de marzo de 2005.
- Informe núm. 50/05, caso núm. 369/04, Jorge Luis Cháves Cambronero *vs.* Costa Rica, 12 de octubre de 2005 (admisibilidad).

B. Corte IDH

a. Contenciosa

- Caso Viviana Gallardo, sentencia del 13 de noviembre de 1981.
- Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988.
- Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, sentencia del 24 de septiembre de 1999.
- Caso “La Última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001.
- Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre *et al.*), sentencia del 14 de marzo de 2001.
- Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2005.
- Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

- Caso Acevedo Jaramillo y otros *vs.* Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006.
- Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.
- Caso Gómez Palomino *vs.* Perú, resolución del 18 de octubre de 2007.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007.
- Caso Escué Zapata *vs.* Colombia, sentencia del 5 de mayo de 2008.
- Caso Casteñada Gutman *vs.* México, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia del 26 de noviembre de 2008.
- Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009.
- Caso del Caracazo *vs.* Venezuela, sentencia del 23 de septiembre de 2009.
- Caso Dacosta Cadogan *vs.* Barbados, sentencia del 24 de septiembre de 2009.
- Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- Caso Atala y Niñas *vs.* Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012.

b. Consultiva

- Opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
- Opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, La Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.

C. TJUE

- Asunto C-459/00 P (R), Comisión *vs.* Laboratoires pharmaceutiques Trenker, 11 de abril de 2001.
- Asunto C-150/94, Reino Unido *vs.* Consejo, 19 de noviembre de 1998.
- Asunto C-9/99, Échirolles Distribution SA y Association du Dauphiné y otros, 3 de octubre de 2000.

- Asunto C-424/97, Salomone Haim *vs.* Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, 4 de julio de 2000.
- Asunto C-172/00, Ferring Arzneimittel GmbH *vs.* Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH, 10 de septiembre de 2002.
- Asunto C-34/79, Regina/Maurice Henn y John Frederick Darby, 14 de diciembre de 1979.
- Asunto C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH *vs.* Troostwijk GmbH, 25 de marzo de 2004.
- Asunto C-273/97, Angela M. Sirdar *vs.* The Army Board y Secretary of State for Defence, 26 de octubre de 1999.
- Asunto C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH *vs.* Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, 4 de febrero de 2004.
- Asunto C- 112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge *vs.* Austria, 12 de junio de 2003.
- Asunto C-377/98, Países Bajos *vs.* Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 9 de octubre de 2001.

D. *TEDH*

- Caso Müller y otros *vs.* Suiza, sentencia del 24 de mayo de 1988.
- Caso Otto-Preminger Institut *vs.* Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994.
- Caso Loizidou *vs.* Turquía, sentencia del 23 de marzo de 1995.
- Caso Wingrove *vs.* Reino Unido, sentencia del 25 de noviembre de 1996.
- Caso Leyla Şahin *vs.* Turquía, sentencia del 10 de noviembre de 2005.
- Caso Tysiāc *vs.* Polonia, sentencia del 20 de marzo de 2007.
- Caso Ould Dah *vs.* Francia, decisión de admisibilidad de 17 de marzo de 2009.
- Caso Bayatyan *vs.* Armenia, sentencia del 27 de octubre de 2009.
- Caso Lautsi *vs.* Italia, sentencia del 3 de noviembre de 2009.