

# La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2016

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2017

DOI: [dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539](https://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539)

Claudio Nash Rojas\*

*Resumen:* este estudio busca ejemplificar y explicar el rechazo a la recepción de la doctrina del margen de apreciación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se sostiene que esta figura en su entendimiento más estricto, esto es, la inhibición del control internacional respecto de la calificación de elementos fácticos y/o normativos relevantes para determinar el cumplimiento estatal de las obligaciones internacionales, no ha sido aceptada en el sistema de control contencioso interamericano. Esta decisión de alejarse de la doctrina desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene bases normativas y de eficacia de la protección.

*Palabras clave:* margen de apreciación, control internacional, discrecionalidad.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Doctor en Derecho, ambos de la Universidad de Chile. Académico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; coordinador de la Cátedra de Derechos Humanos en la misma universidad; consultor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: [cnash@derecho.uchile.cl](mailto:cnash@derecho.uchile.cl)

Para citar este artículo: Nash Rojas, C., "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, 11, pp. 71-100. DOI: [dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539](https://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539)

## The Margin of Appreciation Doctrine and its Void of Reception by the Inter-American Court of Human Rights Case Law

*Abstract:* This study seeks to exemplify and explain the rejection of the doctrine of the margin of appreciation by the Inter-American Court of Human Rights. This doctrine, in its acceptance of the inhibition of the international control of the factual and normative elements relevant for the fulfillment of the international obligations, has not been accepted by the Inter-American Court of Human Rights. This decision to move away from the doctrine developed by the European Court of Human Rights, has normative bases and is an expression of effectiveness of protection.

*Keywords:* Margin appreciation, international protection.

### A doutrina da margem de apreciação e a sua nula recepção na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

*Resumo:* este estudo busca exemplificar e explicar a rejeição à recepção da doutrinal da margem de apreciação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se sustenta que esta figura em seu entendimento mais estrito, isto é, a inibição do controle internacional espeito da qualificação de elementos fáticos e/ou normativos relevantes para determinar o cumprimento estatal das obrigações internacionais, não tem sido aceite no sistema de controle contencioso interamericano. Esta decisão de afastar-se da doutrina desenvolvida pelo Tribunal Europeu de direitos humanos, têm bases normativas e de eficácia da proteção.

*Palavras-chave:* margem de apreciação, controle internacional, discricionariedade.

## 1. Antecedentes del margen de discrecionalidad

El tema de la mesa en la cual se presenta este estudio es el ‘margen de apreciación’. Esta es una figura compleja y que se presta para variadas interpretaciones. En este contexto, algo difuso, nos vamos a centrar en la recepción de esta figura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

(SIDH) y, particularmente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La pregunta que nos guiará será si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recepcionado o no esta figura en su labor de protección.

Nuestra hipótesis de trabajo será que la figura del margen de apreciación, en su concepción estricta desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), no ha sido recepcionada por la Corte Interamericana, lo cual tiene fundamentos normativos y de efectividad en la protección.

De esta forma, se busca aclarar que algunas cuestiones sobre la implementación de la normativa internacional, que se han presentado como expresiones de la doctrina del ‘margen de apreciación’ en el debate interamericano, en realidad son expresión de otras instituciones jurídicas. En este sentido, cuestiones relativas a la discrecionalidad y sus límites para que el Estado restrinja derechos, la resolución sobre aplicación de las obligaciones internacionales en contextos de conflicto o el reconocimiento de derechos vinculados con debates morales, que son áreas propias de la doctrina en cuestión, no han sido resueltas por la Corte IDH siguiendo el desarrollo europeo. Otro ejemplo que justifica entrar en esta discusión es la posición que ha entendido que la figura del control de convencionalidad podría ser matizada a través de la doctrina del margen de apreciación para que los Estados puedan determinar la forma en que recogen la normativa y la jurisprudencia internacional dependiendo de circunstancias propias de cada Estado.<sup>1</sup>

Así mismo, parece necesario aclarar que la implementación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y, particularmente, de la obligación del Estado para que investigue y sancione graves violaciones de derechos humanos no puede ser realizada bajo la idea de que existiría un ‘margen de apreciación’ para que cada Estado determine cuándo y cómo implementa esta obligación.<sup>2</sup> Esta es una cuestión relevante en el caso de Colombia y su proceso de paz, donde se ha discutido como

---

<sup>1</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 2010, 8, (1), pp. 117-136.

<sup>2</sup> Uprimny, Rodrigo & Sánchez, Camilo, “The challenges of negotiated transitions in the era of international criminal law”, en *Seminario internacional Los desafíos de la transición negociada en la era del derecho penal internacional*, DeJusticia, 13 y 14 de agosto de 2015.

un aspecto central, precisamente, el alcance de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

De ahí que clarificar la forma en que esta doctrina del margen de apreciación ha sido o no resuelta por la Corte Interamericana cobra especial relevancia.

Este no es un estudio que busque replantear conceptualmente la doctrina del margen de apreciación, sino que desde su entendimiento predominante, busca ejemplificar cómo la ha rechazado, aclarar que ciertas figuras desarrolladas por la Corte IDH no son expresión del margen de apreciación y explicar por qué no ha sido recepcionada por el tribunal interamericano.

Metodológicamente, este es un estudio jurisprudencial y analítico. En una primera parte, se fija el contenido y alcance de la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde tiene su origen jurisprudencial. La segunda parte, y central del estudio, es el desarrollo de la investigación jurisprudencial interamericana, donde se aclara que algunas situaciones que se han presentado como expresión de la doctrina del margen de apreciación no son tal (cuestión que parece resuelta doctrinariamente, pero que sigue presentando problemas), y también se exponen algunas situaciones en las cuales se podría haber utilizado la doctrina, pero no se hace (indicativo de lo lejana de esta doctrina para nuestra corte regional). Como podrá apreciarse, este trabajo no es un estudio doctrinal, por lo que no se busca reiterar la amplia doctrina que existe en la materia y solo se recurre a ella para determinar el alcance del concepto y reflejar las discusiones que surgen sobre su aceptación o no en el sistema jurisprudencial interamericano. La jurisprudencia seleccionada es la más representativa del tipo de temas donde se podría haber usado la doctrina del margen de apreciación y no se ha hecho.

Para sustentar esta hipótesis, dividiré este estudio en los siguientes apartados: uno primero dedicado a configurar adecuadamente qué se debe entender por margen de apreciación a partir de su aplicación en el Sistema Europeo; segundo, el análisis de la recepción de esta figura en el Sistema Interamericano, donde distinguiremos aquellas cuestiones que no son propias del margen de apreciación, y un análisis de algunos casos donde se ha usado el margen sin decirlo explícitamente y, otros, donde pudo usarse y no se hizo. Terminaremos proponiendo algunas conclusiones.

## 2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La noción del margen de apreciación ha sido definida como “el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado”.<sup>3</sup> Su origen ha estado en el derecho constitucional, administrativo e internacional. La última de estas perspectivas es la más pertinente para nuestro análisis.<sup>4</sup>

Como lo sugiere George Letsas, la doctrina del margen de apreciación tiene dos facetas: una sustantiva, relativa al eterno problema 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.<sup>5</sup> Será esta segunda acepción la que centrará nuestras observaciones.

Esta figura, que combina principios procesales de decisión y criterios hermenéuticos, 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. Por la misma razón, el énfasis conceptual reposa en la relación entre los órganos jurisdiccionales internacionales de supervisión de los tratados y autoridades nacionales.<sup>6</sup> Es este segundo aspecto —el internacional— el que genera mayores problemas de interpretación y legitimidad.

<sup>3</sup> Barbosa, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, 2011, (26), p. 1.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>5</sup> Letsas, George, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 80 y ss. Citado en Núñez, Manuel, “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”, en Acosta & Núñez (eds.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 5.

<sup>6</sup> Núñez, “Sobre la doctrina...”, *ibid.*, p. 6.

La doctrina del margen de apreciación no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios.<sup>7</sup> Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el que ha desarrollado la idea con perfiles propios. Es más exacto decir ‘los órganos de Estrasburgo’, pues la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos la usó primero en tempranos casos, como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia,<sup>8</sup> por implantar medidas de emergencia en Chipre, y en otros ligados al artículo 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones del Convenio en casos de guerra o de peligros públicos en la medida estricta en que lo exija la situación. En ese contexto, el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas.<sup>9</sup>

En la elaboración de la justicia europea, el margen de apreciación nacional entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de decisión que supone una inhibición por parte del control internacional: el Tribunal Europeo puede no enjuiciar un aspecto fáctico o normativo relevante en el caso y se limita a ratificar la decisión nacional. Según tal entendimiento del margen de apreciación, el control internacional debe autolimitarse frente a la decisión nacional y no cuestionar al Estado con sus puntos de vista.<sup>10</sup>

Tres posiciones doctrinales han surgido del intenso debate doctrinal europeo que ha habido a la hora de considerar esta controvertida y débil construcción jurisprudencial. La primera, estimar que es “una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila”<sup>11</sup> —ya que permite rehusar el juicio—, que se convierte en un sustitutivo de un análisis legal coherente,

<sup>7</sup> Howard (1996), p. 14, citado en García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, (20), p. 121.

<sup>8</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *Grecia v. Reino Unido*, resolución del 26 de septiembre de 1958.

<sup>9</sup> García Roca, “La muy discrecional doctrina...”, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>11</sup> La expresión la usa lord Lester of Herne Hill: “The European Convention on Human Rights in the new architecture of Europe: general report”, en *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Council of Europe*, 1995, p. 227. En García Roca, “La muy discrecional doctrina...”, *op. cit.*, p. 129.

y en una abdicación de la responsabilidad de la Corte para enjuiciar casos complejos y sensibles en provecho de los alegatos del gobierno demandado. La segunda, sostener que es una muestra acertada de *autocontención* y prudencia judiciales,<sup>12</sup> de respeto al pluralismo de base territorial y a la diversidad cultural de las naciones europeas que, por sensatez, debe frenar cierto universalismo en la comprensión de los derechos humanos. O, una tercera, que busca razonar de forma mucho más matizada y equidistante entre uno y otro polo.

Analicemos con algo más de detención los orígenes de esta figura y sus contornos jurídicos. Hemos dicho que la aparición de esta doctrina que reconoce la supremacía de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos surge en el Sistema Europeo de Derechos Humanos a través de la interpretación del artículo 15 de la CEDH, que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público, concretamente, dispone que en ciertas circunstancias el Estado puede adoptar “medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Esta ‘exigencia de la situación’ es lo que debe ser objeto de una valoración. En el caso *Irlanda contra Gran Bretaña*,<sup>13</sup> se discutía la aplicación de las llamadas “cinco técnicas de interrogatorio” en el contexto de una situación de suspensión de derechos. En este caso, la Corte Europea señaló que el Estado responsable de la “vida de la nación” está en una mejor posición que el juez internacional para determinar si un peligro público amenaza la vida de la nación y también para valorar las medidas por adoptar y su alcance.<sup>14</sup> Concretamente señala, en el que debe ser el párrafo más representativo de esta postura, lo siguiente:

Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar

<sup>12</sup> Así se manifiesta un antiguo presidente de la Comisión y de la Corte sir Humphrey Waldock (1980), pp. 1-9; esta doctrina —dice— es la más importante salvaguardia de los poderes soberanos y de la responsabilidad de los gobiernos en democracia. En García Roca, “La muy discrecional doctrina...”, *ibid.*, p. 130.

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978).

<sup>14</sup> Benavides, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, 2009, 15, (1), p. 302.

los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación.<sup>15</sup>

A partir de este fallo la Corte Europea comienza a utilizar esta figura, principalmente, en aquellos casos en que la discusión está centrada en las especificidades culturales prevalecientes en cada Estado. Tal es el caso de la moral pública,<sup>16</sup> particularmente, en casos vinculados con la eutanasia o el matrimonio de personas del mismo sexo, entre otros.<sup>17</sup> En estos casos el TEDH ha indicado que los Estados tienen un margen mayor de discrecionalidad para dar contenido a la idea de moral pública cuando no existe un mínimo común extrapolable a todos los Estados partes de la CEDH o ‘consenso europeo’. Por lo tanto, en estos casos la Corte ha sostenido que no es posible interpretar de una forma única un derecho determinado de la Convención, haciéndose necesario, según la Corte, que cada Estado dentro de sus muy especiales aproximaciones en materia moral aprecie en forma individual el estado y desarrollo de su sociedad fijando las restricciones que la Convención permite al ejercicio de ciertos derechos.<sup>18</sup>

Un claro ejemplo del razonamiento basado en el ‘consenso europeo’ es la sentencia del caso *Vo contra Francia*. En este caso, se discute sobre si el embrión es o no titular del derecho a la vida contenido en el artículo 2° de la CEDH. El Tribunal determina que

<sup>15</sup> TEDH, caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978), párr. 207. En un mismo sentido ya se había pronunciado el TEDH: caso *Lawless c. Irlanda* (1960); caso *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica* (1972).

<sup>16</sup> Ver caso *Handyside c. Gran Bretaña* (1976), párr. 48, y la evolución de la jurisprudencia del TEDH con el caso *Sunday Times c. Gran Bretaña* (1979), párr. 49; caso *Wingrove c. Gran Bretaña* (1996), párr. 58; caso *Fretté c. Francia* (2002), párr. 40.

<sup>17</sup> TEDH, *Serife Yiğit c. Turquía*, del 2 de noviembre de 2010, relativo a la libertad para valorar y reconocer matrimonios religiosos; caso *Leyla Sabın c. Turquía*, del 10 de noviembre de 2005, relativo a la libertad religiosa en Turquía; caso *Schalk and Kopf v. Austria*, del 24 de junio de 2010, donde señala que al no haber consenso europeo sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, el Estado tienen “amplio margen” para resolver el tema (párr. 43); caso *Lambert et Autres c. Francia*, sentencia del 5 de junio de 2015, en la cual el TEDH indica que al no haber consenso europeo sobre eutanasia activa, el Estado francés tiene mayor margen para resolver el asunto (párrs. 144 y ss.).

<sup>18</sup> Benavides, “El consenso y el margen de apreciación...”, *op. cit.*, p. 303.

resulta que el punto de partida del derecho a la vida emana del margen de apreciación de los Estados que la Corte tiende a considerar que le debe ser reconocido a los Estados en este campo. Las razones que llevan a la Corte a esta constatación son por una parte que la solución para dicha protección no se encuentra en el seno de la mayoría de los Estados partes y particularmente en Francia, donde la cuestión ha suscitado debate, y por otro lado, que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida.<sup>19</sup>

Obviamente, en estos casos existe el problema de determinar cuándo existe una mayoría de Estados que puedan imponer un cierto punto de vista. Incluso, hay casos donde no existe esta mayoría y ahí la Corte resuelve sobre la base de otros antecedentes y no deja la apreciación final al Estado. En efecto, en *Goodwin e I. contra el Reino Unido* (2002), se afirma que la inhabilidad de una pareja para concebir o engendrar un niño no puede ser vista como algo que elimine el derecho a contraer matrimonio. Para ello, se fundamenta en el sentido que deben tenerse en cuenta los importantes cambios operados en el terreno de la medicina y de la ciencia (había un informe de la Comisión), al tiempo que la Corte se apoya en el reconocimiento más amplio de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (García Roca, p. 138).

Como vemos, para la Corte Europea, existiendo un ‘consenso europeo’ este limita el margen de apreciación del Estado. Cuando no existe este consenso, puede darse un mayor espacio de discrecionalidad al Estado para definir aspectos normativos indeterminados que son relevantes para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones estatales.

Los casos donde hay un uso más estricto del ‘margen de apreciación’ son aquellos donde directamente hay una inhibición por parte del control internacional, dejando la calificación fáctica o normativa relevante para determinar el alcance de la obligación estatal en manos del Estado. Revisemos algunos ejemplos relevantes en esta línea.

En el caso *Muñoz Díaz contra España*, el TEDH condenó al Estado por violación del artículo 14 en concordancia con el artículo 1º, al negarle a la víctima la pensión de viudez por no haber demostrado el matrimonio civil o canónico de acuerdo con el derecho español. El TEDH consideró que

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 307.

en estos casos los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar en qué medida unas diferencias entre ciertas situaciones análogas justifican distinciones de trato. La extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro que trate de manera diferente para corregir ‘desigualdades de hecho’ entre ellas; de hecho, en ciertas circunstancias, la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad es la que puede, sin justificación objetiva y razonable, comportar violación de la disposición en cuestión.<sup>20</sup>

Este es un clásico caso donde se recurre a la figura del ‘margen de apreciación’, pero con un contenido distinto a la versión tradicional. Aquí lo que se hace simplemente es reconocer el espacio que tiene el Estado en sede nacional para analizar las condiciones fácticas en las que se realiza el ejercicio de derechos, pero no hay estrictamente una inhibición del control internacional de analizar el ejercicio valorativo del ámbito nacional.

En cuanto a los límites a las manifestaciones de la libertad de asociación (art. 11), el caso *Partido Comunista Unificado c. Turquía*, del 30 de enero de 1998, es interesante, ya que el TEDH dice que, respecto de la disolución de los partidos políticos, “los Estados contratantes no disponen más que de un margen de apreciación nacional reducido” y que es necesario un control europeo riguroso.<sup>21</sup> A juicio de la Corte, la democracia es un elemento del orden público europeo y las libertades de asociación y de expresión en su ejercicio colectivo a través de los partidos son indefectibles para que ese régimen exista. Aquí el margen de apreciación cede frente a una valoración fuerte que hace la Corte sobre el sistema democrático y sus elementos característicos. En el mismo sentido, en el caso *Partido Comunista (Nepeceresti) y Ungureanu c. Rumania*, del 3 de febrero de 2005, se denegó por la Administración y los tribunales rumanos el registro de este partido por querer instaurar un Estado fundado sobre una doctrina comunista y la dictadura del proletariado. La Corte Europea estima violada la garantía del derecho de asociación y subraya que el TEDH puede efectuar un ejercicio de calificación de la determinación que han tomado las autoridades internas

<sup>20</sup> TEDH, caso *Muñoz Díaz c. España* (2009), párr. 48.

<sup>21</sup> TEDH, caso *Partido Comunista Unificado c. Turquía*, del 30 de enero de 1998, párr. 46.

al establecer si existe o no una necesidad para la sociedad democrática en establecer una medida de restricción a la actividad política en el país.<sup>22</sup>

Un ejemplo típico del uso del margen de apreciación en un sentido fuerte o estricto se da en aquellas materias vinculadas con la libertad religiosa (art. 9º). En el caso *Leyla Sabin c. Turquía*, del 10 de noviembre de 2005, la Corte Europea confirmó la decisión del Tribunal Constitucional turco que sostuvo la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades. El TEDH fundó su decisión en la doctrina del margen, lo cual le llevó a admitir que la reglamentación de la vestimenta en la Universidad de Estambul era una medida necesaria. Aquí el argumento central es que quien hace la calificación del elemento normativo indeterminado son las autoridades estatales, inhibiéndose el TEDH de revisar dicho criterio.

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

37. [P]or lo que respecta al artículo 6º de la directiva, que excluye la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contrario 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

<sup>22</sup> TEDH, caso *Partido Comunista (Nepcecesti) y Ungureanu c. Rumania*, sentencia del 3 de febrero de 2005, párr. 49.

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.<sup>23</sup>

En definitiva, el margen de apreciación en sentido estricto implica que, para la solución de un caso concreto que requiere la valoración del contenido normativo de elementos indeterminados que sirven de base para la restricción de derechos, dicha valoración queda fijada por los órganos nacionales sin que el sistema internacional los controvierta. Esta figura se aplica en el ámbito del derecho europeo, principalmente, el de derechos humanos, en aquellos casos en que lo que se debe fijar es el contenido de valores morales como elemento que sirve de base para una mayor amplitud de actuación nacional.

El supuesto sobre el cual se construye esta figura del margen de apreciación es la confianza del órgano internacional en los órganos de control nacionales. Esto es evidente a la hora de analizar distintos momentos de desarrollo de la jurisprudencia europea. Una cosa es el margen que se puede dar a los sistemas nacionales holandeses, británicos, españoles, entre otros; y, por otra parte, aquel margen que se puede entregar a otros Estados incorporados a la competencia de la Corte, como Rusia y Turquía.

En un interesante estudio, García Roca<sup>24</sup> establece una interesante comparación entre Ucrania y Francia a propósito del derecho de sufragio. En el Caso *Py c. Francia* (2000),<sup>25</sup> se revisan las elecciones y el derecho de sufragio activo al Parlamento de Nueva Caledonia, territorio francés en el que, a esos efectos, se reclama el deber de residencia, y la Corte reconoce que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional en materia electoral sin discutir este extremo de la regulación.<sup>26</sup> La solución

<sup>23</sup> Asunto C-377/98, Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 9 de octubre de 2001, apartados 37, 38 y 39 (la cursiva es nuestra). Para un análisis del tema, ver Núñez, “Sobre la doctrina...” *op. cit.*, p. 11.

<sup>24</sup> García Roca, “La muy discrecional doctrina...” *op. cit.*, p. 25.

<sup>25</sup> TEDH, caso *Py c. Francia*, del 15 de diciembre de 2000.

<sup>26</sup> Recuérdese que precisamente el artículo 3º P1 se relegó al protocolo adicional, porque algunos Estados no querían que se les impusiera limitaciones a su soberanía: ni la proporcionalidad ni ningún otro sistema electoral.

contraria —no respetar el margen— se adopta en el caso *Melnychenko c. Ucrania*, del 19 de octubre de 2004.<sup>27</sup> La Corte analiza la legislación electoral que no se contentaba con la residencia legal y exigía una residencia “habitual” y “continuada” en el territorio de Ucrania, para poder registrarse administrativamente e inscribirse en un censo especial. Una circunstancia que actuaba como condición de elegibilidad. La Corte europea descende a la realidad social ucraniana de ese momento: el miedo a la persecución política bajo la dictadura, la difícil situación de los candidatos asumiendo graves riesgos para su integridad física (un candidato a presidente fue envenenado), circunstancias que probablemente les obligaban a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos. Y, en consecuencia, resuelve estimar violada la garantía por la exigencia legal de este requisito.<sup>28</sup>

Uno y otro caso sobre el alcance del deber de residencia son semejantes, pero cambian los supuestos de hecho, la realidad social de Francia no era igual que la de Ucrania en esos momentos: el derecho vivido, o derecho en acción.<sup>29</sup> Es dable pensar que podría haberse aplicado en ambos casos la figura del margen de apreciación nacional y haber dejado a la sede interna la determinación de la restricción, pero esto no sucede y la Corte en el segundo caso sí hace el control fáctico, independientemente del criterio nacional para juzgar la procedencia de la restricción.

### 3. Margen de apreciación en el Sistema Interamericano

#### 3.1. Antecedentes generales

La CADH es más precisa que la CEDH en cuanto a la enunciación de sus obligaciones, de tal forma que, según los artículos 1.1 y 2° de la CADH, los deberes generales asumidos por los Estados frente a cada uno de los derechos consagrados en esta son, por una parte, el de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y el de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y, por otra, “adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter

<sup>27</sup> TEDH, caso *Melnychenko c. Ucrania*, del 19 de octubre de 2004.

<sup>28</sup> García Roca, “La muy discrecional doctrina...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 141.

que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.<sup>30</sup> Esta última obligación no existe expresamente en el Sistema Europeo.

A partir de estas obligaciones generales que adquieren los Estados y del rol que se le asigna a la Corte Interamericana en tanto intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 62 CADH), es posible construir un argumento sobre la legitimidad que tienen los órganos de control interamericano para fijar el contenido y alcance de las obligaciones y sus límites. Así, los órganos interamericanos están en condiciones de imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida. Por lo tanto, no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional, sino frente a expresiones del ejercicio de las funciones que los propios Estados han conferido a los órganos de control en ejercicio de la soberanía nacional.

Al igual que en el Sistema Europeo, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tenemos distintos niveles de interacción entre la protección nacional y la internacional. Algunos son los espacios propios de aplicación de las obligaciones internacionales a la realidad local; otro espacio es el de la concurrencia de ciertos principios generales que surgen de la aplicación nacional de soluciones a problemas comunes de la región; finalmente, el espacio propio del margen de apreciación en sentido estricto, esto es, un espacio de mayor discrecionalidad del plano nacional con inhibición del internacional. Esta confusión de planos está presente en el debate doctrinario. Así, en la obra de Héctor Faúndez Ledesma se señala: “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”.<sup>31</sup>

Así mismo, para Faúndez Ledesma, los conceptos empleados por la Convención, si bien tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se les asigne en el derecho interno de los

<sup>30</sup> Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante, en Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (1986), párr. 23.

<sup>31</sup> Faúndez, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 71.

Estados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado un cierto *margen de apreciación* en la determinación de las circunstancias allí previstas.<sup>32</sup> Esta afirmación no es compartida por toda la doctrina, así el expresidente de la Corte Antonio Cançado sostiene que “[a]fortunadamente tal doctrina [margen de apreciación] no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>33</sup>

En este punto me parece acertada la posición de Cançado Trindade. En el sistema convencional y en la práctica jurisprudencial interamericana no se ha dado espacio a la doctrina del margen de apreciación en su sentido estricto. Obviamente que los Estados tienen una serie de facultades para implementar los derechos en el ámbito interno a la luz de las condiciones fácticas y jurídicas prevalecientes, esto es natural y obvio. Pero esto es distinto al margen de apreciación.

En ese sentido, debe entenderse el artículo 2° 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 las Naciones Unidas, en cuanto al reconocimiento de un margen nacional (no margen de apreciación) al elegir el modo de desarrollar las disposiciones del Pacto. A través de la remisión expresa a las orientaciones contenidas en la observación 3 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>34</sup> 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:

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>33</sup> Cançado, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 389.

<sup>34</sup> UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, 140 (1981).

Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2º 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 2º 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 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.<sup>35</sup>

Esta doctrina no era nueva en la Corte IDH, pues ya en el caso *Herrera Ulloa* había reconocido un cierto margen de actuación —escaso— de las autoridades estatales para configurar el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”.<sup>36</sup>

Por otra parte, el margen de apreciación no puede ser confundido con un espacio de diálogo jurisprudencial que es pertinente y necesario en un sistema de control multinivel de los derechos humanos.<sup>37</sup> Así mismo,

<sup>35</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 (2003), solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 79.

<sup>36</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 127.

<sup>37</sup> Nash, Claudio, “Protección multinivel de derechos humanos en el Sistema Interamericano: existencia de esta protección en el ámbito nacional e internacional”, en Aguilar, G. (coord.), *Diálogo entre jurisdiccionales. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*, Editorial Librotecnia, Chile, 2014, pp. 329-354.

tampoco se puede plantear el margen de apreciación como un espacio de discrecionalidad para el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones internacionales y menos de las sentencias de la Corte IDH.<sup>38</sup> El artículo 68.1 no da margen alguno para una interpretación de este tipo.<sup>39</sup>

Cuando hablamos de margen de apreciación, estamos planteando que existe un espacio de inhibición de la protección internacional en deferencia de la apreciación nacional sobre el contenido de elementos normativos indeterminados propios de la protección internacional de derechos humanos. Ninguna de las concesiones de espacios de discrecionalidad que entrega la Convención Americana puede conducir a una interpretación sobre una suerte de recepción convencional de la doctrina del margen de apreciación.

De ahí que sea relevante determinar si ha habido alguna forma de recepción a nivel jurisprudencial.

### 3.2. Corte Interamericana y la aplicación del margen de apreciación como criterio hermenéutico inhibitorio

La Corte Interamericana ha sido reticente a utilizar esta figura. Hay algunos ejemplos que tradicionalmente<sup>40</sup> se citan como expresión de un uso interamericano de la figura del margen de apreciación, pero no son exactamente una utilización de dicha figura. Los pasamos a analizar. La jurisprudencia que se analiza tiene relación, precisamente, con algunos de estos temas: restricción de derechos, justicia transicional, leyes sobre temas nuevos en debate como la fertilización asistida y la orientación sexual.

Un primer grupo de casos trata sobre medidas de restricción de derechos, donde podría sostenerse que es el propio sistema nacional el que está en mejores condiciones para determinar la procedencia y proporcionalidad de la medida que limita el derecho fundamental en cuestión, y, por

<sup>38</sup> Corte Suprema argentina, resolución del 14 de febrero de 2017 en relación con los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina*” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

<sup>39</sup> Corte IDH, caso *Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de octubre de 2017.

<sup>40</sup> Van Dijk, P. & Van Hoof, G. J. H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 1998.

lo tanto, el control internacional debe abstenerse de evaluar su concordancia con las obligaciones internacionales del Estado. Como veremos en este grupo de casos, la Corte Interamericana no renuncia a este ejercicio de control, evitando la aplicación de la figura del margen de apreciación.

Es así como, en el caso *Perozo vs. Venezuela*, la Corte IDH señaló que “[c]ualquier condición, restricción o sanción en esta materia [libertad de expresión] deben [sic] ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones”.

En lo relativo a la utilización del recurso ordinario eficaz contemplado en el artículo 8.2 de la CADH, la Corte IDH en el caso *Herrera Ulloa* señaló: “Si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo”.<sup>41</sup>

Otro caso que es citado frecuentemente como expresión del margen de apreciación es el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, en relación con la regulación de la doble instancia. Sostiene la Corte:

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. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.<sup>42</sup>

Respecto del diseño de los sistemas procesales penales, la Corte ha indicado que no existe un modelo único, sino que los Estados tienen libertad para diseñarlos en la medida que cumplan con ciertos mínimos: “La Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible,

<sup>41</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 161.

<sup>42</sup> Corte IDH, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (2009), párr. 90.

siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”.<sup>43</sup>

Como vemos, en estos casos, estamos ante el reconocimiento de un espacio de implementación nacional de las medidas necesarias para dar cumplimiento a los derechos convencionales. En ninguno de ellos se da el elemento esencial del margen de apreciación, que es la renuncia por parte del órgano internacional a realizar un control de los supuestos de valoración jurídica o fáctica propios del ejercicio de derechos humanos.

En efecto, el primer caso que tiene relación con el margen de apreciación en un sentido más estricto se da en casos relativos a la estructura del sistema político de un país. Por ejemplo, en el caso *Efraín Ríos Montt vs. Guatemala*, fue la CIDH quien 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”.<sup>44</sup>

En el mismo informe, la CIDH hizo explícitos los límites de la doctrina, en el sentido de que ella no solo 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”.<sup>45</sup>

En igual sentido, en el caso *Castañeda Guzmán contra México*, la Corte Interamericana reconoció la inexistencia de un modelo único electoral latinoamericano, permitiendo entender que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos

<sup>43</sup> Corte IDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005), párr. 66.

<sup>44</sup> CIDH, Informe 30/93, caso 10.804, *José Efraín Montt vs. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 24.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 31.

políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH. En su sentencia, la Corte, junto con reconocer la inexistencia de un modelo único electoral, reconoce el poder estatal para reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos. Así mismo, reconoce que las restricciones pueden ser otras que las que establece la Convención. Esto se parece mucho al margen de apreciación estricto. Mas la Corte aclara que esta regulación debe ser objeto de control internacional:

Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.<sup>46</sup>

Otros casos donde hay una clara diferencia entre el Sistema Europeo y el Interamericano en esta materia es en 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 de *La última tentación de Cristo*<sup>47</sup> con la argumentación del TEDH en los casos *Wingrove*<sup>48</sup> u *Otto-Preminger*<sup>49</sup> (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 casos

<sup>46</sup> Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México* (2008), párr. 161.

<sup>47</sup> Corte IDH, caso '*La última tentación de Cristo*' (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile* (2001).

<sup>48</sup> TEDH, *Wingrove vs. Reino Unido* (caso 17419/90), sentencia del 25 de noviembre de 1996.

<sup>49</sup> TEDH, *Otto-Preminger Institut vs. Austria* (caso 13.470/87), sentencia del 20 de septiembre de 1994.

desde la perspectiva de la libertad de expresión y de la tolerancia religiosa, 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 anteriormente, el desarrollo de la doctrina depende también del diverso modo en que se regula este derecho en la Convención Americana y en el Convenio Europeo respecto de la prohibición de la censura previa.

Un caso interesante donde puede verse una suerte de aplicación implícita del margen de apreciación se da en un caso sobre la ley de terrorismo en Perú. En efecto, este mismo uso sustantivo, aunque no explícito del margen de apreciación, se presenta en el caso de *Lori Berenson vs. Perú*.<sup>50</sup> En este caso, la ley antiterrorista a todas luces no cumplía con los estándares convencionales, pero la Corte termina no condenando al Estado por violación del artículo 2º, atendidas consideraciones implícitas de orden político. Ordenar anular la ley por inconventional implicaba dejar en libertad a todos los presos políticos juzgados por ella, lo que era políticamente imposible respecto de Perú. Aquí se da un amplio margen a las consideraciones políticas por sobre las jurídicas. Este es un caso extremo que escapa de la configuración europea del margen de apreciación, ya que no se entrega un espacio de discrecionalidad al Estado y se omite el control, sino que derechamente se permite una violación y se renuncia al control interamericano.<sup>51</sup>

Otro grupo de casos interesantes de analizar en la jurisprudencia interamericana son aquellos en que la Corte no recurre a la figura del margen de apreciación en circunstancias que son los casos más típicos donde en el sistema europeo la Corte sí ha recurrido a este criterio interpretativo.

Un primer ejemplo son los casos relativos a justicia transicional. En estos se podría haber argumentado que, atendido el contexto fáctico de las violaciones de derechos humanos, son los Estados los que están en mejores condiciones de fijar el marco normativo para hacer frente a dichas violaciones graves de derechos humanos. De esta manera, al momento de juzgar estos casos y valorar el esfuerzo interno por hacerse cargo de estas violaciones, existía la posibilidad de recurrir al margen de apreciación. La Corte no lo ha hecho. Al contrario, la Corte ha dejado claro que, pese a las dificultades para implementar los estándares internacionales, estos

<sup>50</sup> Corte IDH, caso *Lori Berenson vs. Perú* (2004).

<sup>51</sup> *Ibid.*, voto razonado jueza Cecilia Medina.

prevalecen frente a las dificultades fácticas o jurídicas internas. Señala la Corte: “[L]a Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente”.<sup>52</sup>

En este mismo ámbito temático, se ha discutido sobre la legitimidad de las amnistías. Puede citarse 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 o autoconcedidas para obtener la impunidad de crímenes de lesa humanidad. En efecto, los principios desarrollados en los casos *Almonacid*<sup>53</sup> o *Barrios Altos*<sup>54</sup> (autoamnistías) o *Gelman*<sup>55</sup> (amnistías aprobadas por plebiscito) por la Corte IDH y por el TEDH<sup>56</sup> son notoriamente similares, en el sentido de 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.<sup>57</sup>

De este modo, un caso característico donde se podría haber hecho uso del margen de apreciación fue en el de *Fertilización in vitro vs. Costa Rica*.<sup>58</sup> En este caso, la Corte podría haber recurrido a dos ideas: el consenso latinoamericano sobre el origen de la vida o mantener la definición de este aspecto normativo a la calificación del órgano nacional. La Corte no hace ninguna de las dos cosas. Si bien tiene en consideración la discusión comparada sobre estos aspectos, es en definitiva ella —la Corte— la

<sup>52</sup> Corte IDH, caso de *La masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006), párr. 146.

<sup>53</sup> Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

<sup>54</sup> Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú. Fondo*, sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.

<sup>55</sup> Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*, sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.

<sup>56</sup> Ver recientemente *Marguš v. Croatia* [GC], 445/10, 27 de mayo de 2014. En el mismo sentido: *McCann and others v. The United Kingdom* [GC], 18984/91, 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

<sup>57</sup> Núñez, “Sobre la doctrina...”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>58</sup> Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012).

que determina el contenido normativo que es presupuesto de la discusión sobre derechos planteada:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4° de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.<sup>59</sup>

En este caso, el uso más interesante de la experiencia comparada se da al momento de analizar los alcances del artículo 4.1 en relación con las prácticas de fertilización asistida en los distintos países de la región. Aquí la Corte no recurre a la idea de un ‘consenso’ regional, pero sí toma en consideración las prácticas locales y de ahí extrae consecuencias normativas. Señala al efecto la Corte:

La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados partes en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4° de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 264.

absoluta— de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.<sup>60</sup>

En *Atala Rizzo y niñas vs. Chile*, tenemos otro ejemplo en este mismo sentido de evitar el uso del ‘margen de apreciación’ en un caso en que la Corte Europea lo ha hecho. En este caso 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.<sup>61</sup>

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

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 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

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 256.

<sup>61</sup> Corte IDH, caso *Atala Rizzo y niñas vs. Chile* (2012), párr. 74.

las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.<sup>62</sup>

Si bien el caso *Atala* no se refería exactamente a un derecho nuevo, él tiene importancia 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.<sup>63</sup> Aquí la Corte formula la argumentación y no está ni al consenso internacional de los Estados latinoamericanos sobre el tema, ni tampoco se está a la determinación que sobre este aspecto realice el Estado.

\*\*\*

Como es posible observar, en todos estos casos que corresponden a materias donde podría tener un amplio espacio de aplicación la doctrina del ‘margen de apreciación’, la Corte IDH no renuncia a ser ella quien defina los aspectos normativos que sirven de base del ejercicio y goce de los derechos, así como de los elementos y la valoración de las restricciones de derechos, y no ha dejado esto a la definición nacional.

Si miramos el tema a la luz de lo que sostuvimos como fundamento de la institución en el Sistema Europeo, podemos señalar que la falla está, precisamente, en el supuesto de la figura del margen de apreciación: los órganos de control interamericano de derechos humanos no confían en la determinación interna de las condiciones efectivas y normativas de los elementos que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. El desarrollo de la figura del ‘control de convencionalidad’ es un claro ejemplo de que, a juicio de la Corte IDH, el problema de las violaciones de derechos humanos se da por la falta de adecuación de la actividad de los órganos del Estado con las obligaciones internacionales del Estado.<sup>64</sup> Esto es central, porque es en

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 92.

<sup>63</sup> Núñez, “Sobre la doctrina...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>64</sup> Secretaría Corte Interamericana, Nash, Claudio (ed.), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de convencionalidad*, N° 7, 2015. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

la definición de estos elementos fácticos y/o normativos donde se vive la plena vigencia de los derechos humanos.

## Conclusiones preliminares

A partir de este análisis, creo que se han entregado los antecedentes que permiten dar por cierta la hipótesis que propusimos: la figura del margen de apreciación en su concepción más estricta no ha sido recepcionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual tiene fundamentos normativos y se basa en el principio de efectividad en la protección.

Esta es una figura que ha sido entendida de formas muy diversas y no todas ellas corresponden a un mismo nivel de análisis. Para efectos de este estudio, el margen de apreciación es un criterio interpretativo que otorga un amplio espacio de discrecionalidad a los Estados a fin de que puedan definir elementos relevantes para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Este margen de discrecionalidad que se entrega al Estado implica que los órganos de control internacional se inhiben de calificar un cierto hecho fáctico y/o normativo de carácter indeterminado asumiendo la corrección de la calificación nacional. Esta figura se basa en la confianza del sistema de control internacional en las decisiones nacionales.

Este es el sentido que se ha dado a la figura en el Sistema Europeo.

Hemos podido concluir que en el Sistema Interamericano esta figura no ha sido recepcionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este alejamiento de la tendencia europea tiene fundamentos normativos, ya que en la Convención Americana no hay elementos que permitan sostener que el control internacional debe inhibirse para calificar ciertas condiciones fácticas y/o normativas relevantes para la protección eficaz de los derechos humanos.

Así mismo, vemos que a nivel jurisprudencial interamericano hay cierta desconfianza con el margen de discrecionalidad que deben tener los Estados para definir la forma en que los derechos humanos son gozados y ejercidos. Ello lleva a los órganos a tener en consideración aspectos desarrollados a nivel nacional, pero siempre reservándose la calificación final en sede internacional.

Este último es un punto interesante de seguir explorando a futuro, puesto que tiene relación con el desarrollo democrático de nuestra región y el compromiso con la protección de los derechos humanos. Figuras como el ‘control de convencionalidad’ apuntan en este mismo sentido y

debemos esperar a ver el grado de influencia que lograrán a nivel nacional para una mejor protección de los derechos humanos.

Igualmente, la forma en que se deciden estos temas marca la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en materia de protección contenciosa. 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, coadyuvante y complementaria”.<sup>65</sup> La mentada 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.<sup>66</sup>

A nuestro juicio, el margen de apreciación parece romper con la idea de subsidiariedad de la protección internacional, dado que siempre la definición de los elementos relevantes para determinar si se ha cumplido o no con la vigencia de los derechos humanos quedaría entregada a los órganos nacionales. Esto haría ineficaz por irrelevante la protección internacional.<sup>67</sup>

## Referencias

- Barbosa, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, 2011, (26).
- Benavides, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, 2009, 15, (1).
- Cançado, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Carozza, Paolo, “Subsidiarity as structural principle of international human rights law”, *American Journal of International Law*, 2003, (97/38).

<sup>65</sup> Corte IDH, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 64.

<sup>66</sup> Carozza, Paolo, “Subsidiarity as structural principle of international human rights law”, *American Journal of International Law*, 2003, (97/38), pp. 40, 61 y ss., citado en Núñez, “Sobre la doctrina...”, *op. cit.*, p. 42.

<sup>67</sup> García Roca, “La muy discrecional doctrina...”, *op. cit.*, pp. 117 y ss. Citado en Núñez, “Sobre la doctrina...”, *op. cit.*, p. 37.

- Faúndez, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 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*, 2007, (20).
- Letsas, George, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford university Press, Oxford, 2007.
- Nash, Claudio, “Protección multinivel de derechos humanos en el Sistema Interamericano: existencia de esta protección en el ámbito nacional e internacional”, en Aguilar, G. (coord.), *Diálogo entre jurisdiccionales. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*, Editorial Librotecnia, Chile, 2014, pp. 329-354.
- Núñez, Manuel, “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”, en Acosta & Núñez (eds.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 2010, 8, (1).
- Uprimny, Rodrigo & Sánchez, Camilo, “The challenges of negotiated transitions in the era of international criminal law”, en *Seminario internacional Los desafíos de la transición negociada en la era del derecho penal internacional*, DeJusticia, 13 y 14 de agosto de 2015.
- Van Dijk, P. & Van Hoof, G. J. H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 1998.
- Waldock, Humphrey, “The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 1980, (1).
- Yourov, Howard, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996.

## Jurisprudencia europea

### Comisión Europea de Derechos Humanos

Asunto *Grecia c. Reino Unido*, resolución del 26 de septiembre de 1958.

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Caso *De Wilde, Ooms et Versyp c. Bélgica*, sentencia del 10 de marzo de 1972.  
 Caso *Fretté c. Francia*, sentencia del 26 de mayo de 2002.  
 Caso *Handyside c. Gran Bretaña*, sentencia del 7 de diciembre de 1976.  
 Caso *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1978.  
 Caso *Lambert et Autres c. Francia*, sentencia del 5 de junio de 2015.  
 Caso *Lawless c. Irlanda*, sentencia del 15 de noviembre de 1960.  
 Caso *Leyla Sabih c. Turquía*, del 10 de noviembre de 2005.  
 Caso *Marguš v. Croatia* [GC], núm. 445/10, 27 de mayo de 2014.  
 Caso *McCann and others v. The United Kingdom* [GC], sentencia del 27 de septiembre de 1995.  
 Caso *Muñoz Díaz c. España*, sentencia del 8 de diciembre de 2009.  
 Caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994.  
 Caso *Partido Comunista (Nepecesteri) y Ungureanu c. Rumania*, del 3 de febrero de 2005.  
 Caso *Partido Comunista Unificado c. Turquía*, del 30 de enero de 1998.  
 Caso *Schalk and Kopf c. Austria*, del 24 de junio de 2010.  
 Caso *Serife Yiğit c. Turquía*, sentencia del 2 de noviembre de 2010.  
 Caso *Sunday Times c. Gran Bretaña*, sentencia del 26 de abril de 1979.  
 Caso *Wingrove c. Gran Bretaña*, sentencia del 25 de noviembre de 1996.

### **Tribunal de Justicia Europeo**

- Asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, 9 de octubre de 2001.

### **Sistema Interamericano**

#### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

##### *Opiniones consultivas*

- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.  
*Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, artículos 14.1, 1.1 y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A N° 7.

*Casos contenciosos*

- Caso *'La última tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
- Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.
- Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C N° 257.
- Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.
- Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206.
- Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.
- Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.
- Caso de *La masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.
- Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de junio de 2005. Serie C N° 126.
- Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.
- Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.
- Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 114.
- Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C N° 195.

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

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