

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, ACTIVISMO JUDICIAL Y DEFERENCIA ESTATAL: ¿AFIANZAR O DECONSTRUIR EL CAMINO YA ANDADO?

National margin of appreciation in the inter-American system, judicial activism and state deference: Strengthen or deconstruct the path already traveled?

HAROLD BERTOT TRIANA
Universidad Internacional de la Empresa (UNIE)
hbertotriana@gmail.com

Cómo citar/Citation

Bertot Triana, H. (2023).

Margen de apreciación nacional en el sistema interamericano, activismo judicial y deferencia estatal: ¿afianzar o deconstruir el camino ya andado?

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27(2), 415-444.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.27.13>

Resumen

El trabajo expone la doctrina del margen de apreciación en sus diversas expresiones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y analiza su similitud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de diversas variantes de aplicación en el ámbito europeo, somete a crítica la viabilidad de alguna de sus fórmulas en el contexto interamericano. En este sentido explora también la conveniencia de otras propuestas de deferencia estatal y sus implicaciones en el funcionamiento del tribunal interamericano. El trabajo enfatiza las particularidades de la CADH y de la jurisprudencia del tribunal interamericano, y argumenta los riesgos de asumir por este tribunal la doctrina del margen de apreciación.

Palabras clave

Margen de apreciación nacional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; deferencia estatal; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Convención Americana de Derechos Humanos

Abstract

The paper exposes the doctrine of the margin of appreciation in its various expressions in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and analyzes its similarity in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Based on various variants of application in the European sphere, it criticizes the viability of some of its formulas in the inter-American context. In this sense, it also explores the convenience of other proposals for state deference and its implications for the functioning of the inter-American court. The paper emphasizes the particularities of the ACHR, and the jurisprudence of the inter-American court, and argues the risks of assuming by this court the doctrine of the margin of appreciation.

Keywords

National margin of appreciation; European Court of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; state deference; European Convention on Human Rights; American Convention on Human Rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS EXPRESIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL TEDY Y SU COMPARACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA DE LA CORTE IDH: 1. Situaciones excepcionales y derogación de derechos. 2. Previo al juicio de razonabilidad de la proporción de las medidas restrictivas. 3. Alcance o contenido sustantivo de los derechos convencionales. 4. Regulaciones generales en el ejercicio de derechos. III. ¿CONVENIENCIA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN, EN TODAS SUS FACETAS, EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH? IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el espacio interamericano el *principio de subsidiariedad*, con expresión en varios mecanismos e instituciones —previo agotamiento de los recursos internos, fórmula de la «cuarta instancia», subsidiariedad en las reparaciones (Bertot Triana, 2013: 45)— está en disputa permanente con respecto a órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Un creciente *activismo judicial*, *predisposiciones estatales* ante estrechos espacios de autonomía interpretativa de las autoridades nacionales (entre ellas los tribunales nacionales de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico) y el siempre conflictivo forcejeo entre *soberanía* y *protección de los derechos humanos* están en las causas, *inter alia*, para una relectura del funcionamiento de los órganos internacionales con base en la complementariedad y subsidiariedad del sistema¹.

En este contexto, la necesidad de posiciones de deferencia estatal en el proceso internacional de la Corte IDH hacia los ordenamientos jurídicos nacionales despierta problemas de diversa índole. La doctrina del *margin de apreciación nacional*, una institución de impronta europea, no pocas veces se convierte en el centro de discusiones cuando se aborda la posibilidad de su recepción en la jurisprudencia de la Corte IDH. En las líneas de este texto se profundizará en esta cuestión, pero vale adelantar que es un tema espinoso,

¹ *Vid.*, la reciente Carta de varios Estados: «Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». Disponible en: <https://tinyurl.com/58prvm2t>; Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución, 18 de octubre de 2017, párr. 32.

con no pocas ramificaciones. Existen también lecturas incompletas, o sin la debida sistematización, de sus diversas formas de aplicación en el espacio europeo. Revertir este tipo de aproximaciones incorrectas es imprescindible, no solo para examinar si en la propia jurisprudencia interamericana existen similitudes con las variantes europeas de esta doctrina, sino también para diseños futuros a tomar en cuenta.

Desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con antecedentes en la Comisión Europea de Derechos Humanos, es una doctrina que se reconoce expresamente en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), con la entrada en vigor del Protocolo XV de 1 de agosto de 2021. En los marcos del principio de subsidiariedad —aunque también se ha discutido en el marco de otras expresiones de deferencia estatal—, esta doctrina está en la base de un grupo de discusiones: el grado o nivel de autonomía de las autoridades nacionales para interpretar y aplicar la normativa convencional en materia de derechos humanos en el territorio bajo su jurisdicción; la legitimidad del propio sistema regional de protección ante los Estados; la calidad institucional y normativa de los Estados; la mejor perspectiva de los espacios nacionales para determinar el sentido y alcance de las normativas internacionales a aplicar en el ámbito interno, entre otros (García Roca, 2007: 142; Greer, 2000: 5; Legg, 2012: 3; Spielmann, 2012: 383; Brems, 2019: 211 y ss.).

En términos generales, el margen de apreciación opera en la jurisprudencia del tribunal europeo como una *autocontención* o *autolimitación* en *deferencia* de las autoridades nacionales en la interpretación y aplicación de la normativa convencional. El grado o nivel de control por el tribunal de las decisiones nacionales se define por el margen que se reconozca a las autoridades nacionales. Con exclusión de los derechos reconocidos en los arts. 2, 3 y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (derechos absolutos como el derecho a la vida, prohibición de la tortura y derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre), se ha reconocido la existencia de un menor o mayor margen de apreciación en la interpretación y aplicación de un amplio abanico de artículos del convenio europeo: desde el establecimiento de límites generales en el ejercicio de los derechos (por ejemplo, el ejercicio del derecho de acceso a un tribunal del art. 6.1 del CEDH), hasta el margen que se reconoce previo a realizar el juicio de proporcionalidad de las medidas por un Estado (arts. 8 al 11 del CEDH), o en casos de situaciones de emergencias (art. 15), ya sea en su determinación o en las medidas que al amparo de ellas se establezcan.

En su justificación se ha alegado más de una razón para esta «autolimitación» del tribunal con respecto a las autoridades nacionales: la *mejor posición* de las autoridades nacionales; la conciencia de la diversidad jurídica, cultural

y religiosa en el espacio del Consejo de Europa; un alto desarrollo democrático y en derechos humanos en las sociedades europeas; una comprensión práctica de lo universal y lo particular en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras. (Glas, 2016: 27; Brems, 2019: 211; Gerards, 2018: 4; Gerards, 2011: 80-120; Greer, 2017: 35; Sweeney, 2005: 459-474; Benvenisti, 2018: 240-253). No obstante, es una «doctrina» impugnada por una aplicación *incoherente, confusa y sin uniformidad* en su contenido (Letsas, 2006: 705-732). Esto se devela al menos en supuestos en que cabe aplicarla y no se hace; o cuando comporta una nula repercusión en el juicio de proporcionalidad pese a su reconocimiento expreso; también en una ausencia de justificación sobre el reconocimiento de un margen amplio o restringido en determinados supuestos; así como incompatibilidades entre el margen reconocido y la intensidad del juicio (Gerards, 2018: 7-11), entre otros.

En este trabajo se analizan las diversas expresiones de esta *doctrina* (aunque discutida como tal) y si en esta diversidad se encuentra una expresión similar en el contexto interamericano. Es posible advertir más de «una» fórmula en la invocación de un margen de apreciación nacional, y es una cuestión de vital trascendencia a tomar en cuenta. En las líneas finales se discute la viabilidad y compatibilidad de alguna de las variantes europeas en la jurisprudencia de la Corte IDH. Para ello se tomarán en cuenta los marcos de la CADH y la condición de institución judicial internacional autónoma del tribunal interamericano encargado de aplicar e interpretar el texto convencional conforme a sus propias reglas y al derecho internacional público.

II. LAS EXPRESIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL TEDH Y SU COMPARACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA DE LA CORTE IDH

Al igual que el CEDH en sus inicios, la CADH no reconoce en su normativa la doctrina del margen de apreciación estatal (Faúndez Ledesma, 2004: 63). La CADH parece ser mucho más cerrada para permitir posiciones de deferencia estatal. Restricciones específicas en determinados derechos y reglas de interpretación particulares (art. 29), que encuentran algunas expresiones en el CEDH², son algunos ejemplos que parecen estrechar espacios de deferencia estatal. En este sentido, la interpretación del texto convencional por el juez internacional no puede realizarse en el sentido de «suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o

² *Vid.*, por ejemplo: arts. 16, 17 y 53 del CEDH.

limitarlos en mayor medida que la prevista en ella» (art. 29 a). De acuerdo al apartado b) del art. 29, tampoco es posible derivar una interpretación que privilegie el reconocimiento de espacios de deferencia estatal: en este se excluyen interpretaciones tendentes a «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad *que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*» (resaltado del autor). Aun cuando se privilegia la normativa nacional, es una regla dirigida al juez interamericano y no a las autoridades nacionales.

Por otra parte, el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad no permite sostener que espacios de deferencia estatal estén en la órbita del tribunal interamericano (Contesse, 2016: 137 y ss.) El examen de convencionalidad a realizar por las autoridades nacionales toma en cuenta no solo a la CADH y a los tratados de derechos humanos en los que sea parte el Estado, sino también a la jurisprudencia de la Corte IDH³. De esta forma, la interpretación de la norma convencional se incorpora en el *corpus iuris* interamericano y pasa a ser una *fuentes auxiliar del derecho* (art. 38 d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) en la determinación del alcance y el derecho de los derechos convencionales⁴. Esto hace disipar el reconocimiento de ciertos espacios de autonomía en el derecho interno para examinar la convencionalidad de sus actos al margen del criterio establecido por la Corte IDH en su interpretación.

Sin embargo, no todas las aproximaciones a esta cuestión problemática están marcadas por su claridad⁵. Para establecer correctos análisis compara-

³ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

⁴ Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los arts. 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20, de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26. párr. 91. *Vid.* también Vio Grossi (2018: 212-213).

⁵ No resulta del todo correcto afirmar, en otro tanto, que el tribunal europeo se *inhibe* o se *abstiene* de un control de las decisiones estatales, para concluir que esta realidad no se constata en la jurisprudencia interamericana. En este sentido, se ha expresado con relación a las «restricciones de derechos» 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 lo tanto, *el control inter-*

tivos y proponer fórmulas en los marcos del margen de apreciación, se deben tener presentes las dimensiones en que esta se ha reconocido en el espacio europeo. En algunos casos el margen de apreciación se circunscribe solamente al espacio de discrecionalidad reconocida al Estado al momento previo de realizar el juicio de proporcionalidad de una medida restrictiva. Pero estos «márgenes», ya veremos, también se reconocen en la jurisprudencia europea al establecer límites generales al ejercicio de los derechos, o en la determinación de situaciones de emergencias y al examinar el alcance de las medidas tomadas a su amparo.

En cualquier caso, sostener de forma absoluta que el tribunal interamericano no ha reconocido márgenes de apreciación estatal es pasar por alto las distintas formas o variantes en que esta se ha reconocido en el entorno europeo, y cómo en algunas situaciones similares el tribunal interamericano ha reconocido ciertos márgenes de apreciación estatal. No es un aspecto menor tampoco que en varias sentencias del tribunal interamericano, y en opiniones de miembros del tribunal americano, se haya hecho expresa mención al margen de apreciación nacional⁶.

nacional debe abstenerse de evaluar su concordancia con las obligaciones internacionales del Estado» (resaltado del autor). En tal sentido se concluye que «la Corte Interamericana no renuncia a este ejercicio de control, evitando la aplicación de la figura del margen de apreciación» (Nash Rojas, 2018: 87-88). Esta premisa, a todas luces, no resulta del todo certera. Existirá un menor o mayor grado de escrutinio de la decisión nacional, que en ocasiones puede resultar en una aparente ausencia de control total por el tribunal —y en efecto así ha ocurrido—, pero desde su concepción inicial nunca se ha reconocido un cheque en blanco al Estado sin ningún tipo de control: desde el lejano asunto *Handyside v. The United Kingdom* (1976) se ha insistido en algún tipo de «supervisión», que para entonces se focalizaba en el *objeto de la medida impugnada* y en su *necesidad de aplicación*. TEDH. *Handyside v. the United Kingdom*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 49. «The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its “necessity”; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court». *Vid.* otros casos, por ejemplo: TEDH. *S. H. And Others v. Austria*, Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (Gran Sala), párr. 7; TEDH. *Leyla Şahin v. Turkey*, Sentencia de 10 de noviembre de 2005, párrs. 109-110.

⁶ *Vid.*, Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, p. 9; Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpre-

Con estas premisas, que ponen acento en la necesidad de análisis comparativos para la elaboración de propuestas de *deferencia* en el sistema interamericano, las siguientes líneas analizarán la posible recepción del margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte IDH, tomando en cuenta las dimensiones en que esta se ha reconocido en el espacio europeo: en situaciones excepcionales y derogación de derechos; previo al juicio de razonabilidad sobre la proporcionalidad de las medidas restrictivas; en la determinación del alcance o el contenido sustantivo de los derechos convencionales; y en las regulaciones generales en el ejercicio de derechos⁷.

1. SITUACIONES EXCEPCIONALES Y DEROGACIÓN DE DERECHOS

El origen de la doctrina del margen de apreciación nacional está asociado a la interpretación y aplicación del art. 15 del CEDH⁸. Los asuntos *Irlanda contra el Reino Unido* (1978), *Brannigan y McBride contra el Reino Unido* (1993), y *A, B y C contra Irlanda* (2010) son muestra de ello. En este tema, el TEDH ha sostenido un grupo de cuestiones: el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados, conforme a la mejor posición de las autoridades nacionales, para decidir la *existencia de una situación de emergencia y la naturaleza y el alcance de las excepciones*⁹. El TEDH, en tal caso, se limita a *supervisar* las medidas del Estado que pueden abarcar *las realidades que motivaron la situación excepcional, la naturaleza de los derechos afectados y la duración de esta excepcionalidad*¹⁰.

tación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párrs. 5, 114 y 163; Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 23 y otros; Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 87.

⁷ Esta metodología se encuentra con mayor desarrollo en Bertot Triana (2023: 60 y ss.).

⁸ Ante situaciones de «guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», se justifica la derogación de obligaciones convencionales por el Estado. Son derogaciones que deben tomarse en «la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional». Existen derechos inderogables reconocidos convencionalmente (arts. 2, 3, 4.1 y 7.3).

⁹ TEDH. *A, B and C v. Ireland*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (Gran Sala), párr. 173.

¹⁰ *Ibid.*

Con respecto a la primera cuestión, el TEDH también ha supervisado la determinación de *la naturaleza y el grado de la amenaza real o inminente*, entre otros¹¹. En casos en que en el examen del TEDH esté mediado por una decisión de un tribunal nacional en este sentido, la deferencia hacia el Estado parece ser mayor¹².

En el caso de la CADH, el art. 27 también establece regulaciones en esta materia. Con mayores exigencias, las situaciones excepcionales (*guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte*) condicionan la suspensión «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación», y a ser compatibles «con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social». En igual sentido, se establece un conjunto de derechos inderogables¹³ y un procedimiento ante el secretario general de la OEA¹⁴. La Corte IDH ha precisado las obligaciones del Estado y la posición del tribunal:

Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a estas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación». Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En este caso, la Corte analiza la conformidad de los actos estatales en el marco de las obligaciones consagradas en el art. 27 de la Convención, en relación con las otras disposiciones de la Convención objeto de la controversia¹⁵.

¹¹ TEDH. *A, B and C v. Ireland*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (Gran Sala), párr. 179.

¹² *Vid.*, por ejemplo: *ibid.* párrs. 175 y ss.

¹³ Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y de retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos, y «garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

¹⁴ El art. 27.3 establece: «Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

¹⁵ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47.

En la jurisprudencia interamericana, en este orden, no se reconocen expresamente márgenes de apreciación estatal, ya sea en *el control de la razonabilidad en la determinación de las situaciones de peligro o emergencia* o en la *revisión de las medidas adoptadas de conformidad con la normativa convencional*. En el primer caso se ha limitado a indicar los estándares generales para su determinación¹⁶, pero no se encuentra un examen, al estilo europeo, que entre a analizar la determinación de la situación excepcional en aspectos tan concretos como *la naturaleza y el grado de la amenaza real o inminente*.

De este modo, no tiene especial desarrollo en esta jurisprudencia un *control sobre los motivos o razones en la determinación de las situaciones de emergencia*¹⁷.

¹⁶ En tal sentido, ha considerado que la «suspensión de garantías» es una «situación excepcional» (Corte IDH. *El habeas corpus* bajo suspensión de garantías [arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 24). Sobre la base de lo considerado en el asunto *Lawless v. Ireland* de 1961 del TEDH, la Corte IDH ha sostenido que un «estado de excepción» se define como: «a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que esta afecte a toda la población, y c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad» (Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 46).

¹⁷ En la revisión de la jurisprudencia sobre suspensión de derechos no se encuentra un análisis de la Corte IDH en este sentido. *Vid.*, por ejemplo: Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422; Corte IDH. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325; Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319; Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301; Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287; Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20; Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89; Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Corte IDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18

En algunos casos expresamente se evitó analizar esta cuestión¹⁸ y en otros, como el asunto *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* con sentencia de 4 de julio de 2007, se recordó únicamente que la *estricta excepcionalidad de una suspensión de garantía* debía tomar como hechos «reales situaciones de emergencia», «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación» y no como «un medio para enfrentar la criminalidad común»¹⁹.

En la segunda materia opera algo similar. La *revisión de las medidas adoptadas por el Estado de conformidad con la normativa convencional americana* en situaciones de emergencia no parte de reconocer márgenes de apreciación a las autoridades nacionales. El tribunal con regularidad somete a un escrutinio estricto la conformidad de estas medidas con sus estándares²⁰ y ello se

de noviembre de 2004. Serie C No. 115; Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137; Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274; Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

¹⁸ En el *Caso J. vs. Perú* con sentencia de 27 de noviembre de 2013, aun advirtiendo que la suspensión de derechos en Perú tuvo lugar «en el contexto de un conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares», apuntó que «la representante y la Comisión no argumentaron que al momento los hechos del presente caso no existiera en el Perú una situación que requiriera la suspensión de los derechos señalados». Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 138. Por su parte, en el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú* con sentencia de 20 de noviembre de 2014, también el tribunal hizo notar que «los representantes y la Comisión no argumentaron que al momento los hechos del presente caso no existiera en el Perú una situación que requiriera la suspensión de los derechos señalados». Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 121.

¹⁹ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 52.

²⁰ La Corte IDH en este punto ha considerado: «Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella». Corte IDH. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención

traduce en una intensidad o rigor valorativo no aminorado por ningún reconocimiento a un cierto tipo de *deferencia estatal*. Esto implica un *control subsidiario y complementario* por el tribunal de los actos del Estado sin privilegiar la razonabilidad de las autoridades nacionales con evitación del escrutinio convencional (al considerar, por ejemplo, *la mejor posición de las autoridades nacionales*).

2. PREVIO AL JUICIO DE RAZONABILIDAD DE LA PROPORCIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS

En la jurisprudencia del TEDH, a tenor de lo contemplado en los arts. 8 al 12 del CEDH, las medidas restrictivas del Estado deben superar un *test* valorativo escalonado para que se justifique conforme a la normativa convencional: *previsibilidad de la normativa jurídica, persecución de un fin legítimo* (seguridad pública, moral, etc.) y *necesidad en una sociedad democrática*²¹. Esto comporta que, después de comprobar la conformidad de la medida restrictiva con la normativa jurídica del Estado, se debe determinar la existencia de un *fin legítimo* y si es *necesaria en una sociedad democrática*, para lo cual se analiza la *necesidad social apremiante de la medida* y la *proporcionalidad* de la interferencia con respecto al *fin legítimo perseguido*. Esta proporcionalidad se examina

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 22; Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 116 y ss.

«La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada». Corte IDH. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 24.

²¹ TEDH. *A, B and C v. Ireland*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (Gran Sala), párr. 218.

al tomar en cuenta el *justo equilibrio* entre los *intereses competitivos relevantes* («relevant competing interests»)²².

En esta progresividad se abren dos campos en los que el tribunal reconoce márgenes de apreciación para el Estado: en la determinación del *fin legítimo de la restricción*, para lo cual el nivel de consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa es clave, y en los que se asume que las autoridades nacionales están en *mejores situaciones* para su determinación; y en la valoración del *justo equilibrio*, donde se toman en cuenta 1) la naturaleza del derecho convencional en cuestión; 2) la importancia de este derecho para el individuo; 3) la naturaleza de las actividades que se restringen; y 4) la naturaleza del fin perseguido por las restricciones²³.

La deferencia a las autoridades nacionales en la determinación del contenido específico de un fin legítimo, sobre todo en cuestiones morales, ya presupone en muchos casos un juicio de proporcionalidad rebajado en su escrutinio. Esto es así en tanto ese juicio toma como uno de sus elementos el *fin legítimo*, y, si ya se ha concluido previamente en un margen amplio por ausencia de *consenso estatal*, es evidente que ello tiene impacto en el rigor o intensidad del juicio de proporcionalidad.

En cualquier caso, el juicio de proporcionalidad puede estar precedido del reconocimiento de un margen de apreciación mayor o menor, de acuerdo a determinadas pautas. Será un margen estrecho, por ejemplo, en el caso del *derecho al respeto a la vida privada y familiar* del art. 8.2, cuando se refiere a la «faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo»²⁴; o para «conciliar el posible conflicto entre la conciencia individual y las obligaciones militares»²⁵ del art. 9.2; o con respecto a «restricciones a los debates sobre cuestiones de interés público» del art. 10.2²⁶; etc. Un margen amplio se considera cuando no exista consenso estatal entre los miembros del Consejo de Europa sobre «intereses en juego» o sobre los «mejores medios» para proteger materias como las morales²⁷, o en materia de libertad religiosa, por la importancia en una sociedad democrática de *proteger derechos, preservar el orden público, asegurar la paz civil y el plura-*

²² *Ibid.*, párr. 229.

²³ TEDH. *Yordanova and Others v. Bulgaria*, Sentencia de 24 de abril de 2012 (Sección Cuarta), párr. 118.

²⁴ *Ibid.*, párr. 118 (ii).

²⁵ TEDH. *Bayatyan v. Armenia*, Sentencia de 7 de julio de 2011 (Gran Sala), párr. 123.

²⁶ TEDH. *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, Sentencia de 22 de abril de 2013 (Gran Sala), párr. 102.

²⁷ TEDH. *A, B and C v. Ireland*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (Gran Sala), párr. 232.

*lismo religioso*²⁸. Un amplio margen también se reconoce al requerir de los Estados un *equilibrio en la competencia entre derechos convencionales o los intereses públicos y privados*²⁹.

En la Corte IDH, por su parte, no existe una jurisprudencia consolidada sobre reconocimiento de márgenes de apreciación estatal previo al juicio de proporcionalidad. En el *iter* del razonamiento que emplea la Corte IDH no se parte de reconocer espacios de deferencias estatales para delimitar una graduación o nivelación en la intensidad o el rigor del juicio de necesidad o proporcionalidad. Esto quiere decir que la Corte IDH no hace prevalecer el juicio de proporcionalidad de las autoridades nacionales. Su condición de tribunal internacional, último intérprete de la CADH, se asume como incompatible con el reconocimiento de una discrecionalidad estatal en la extensión y la forma de restricción sobre la base de su mejor posición.

En la jurisprudencia de la Corte IDH las *condiciones y requisitos* en materia de restricción de derechos parten de verificar, en un primer momento, la «legalidad de la medida restrictiva», requisito general para todos los derechos establecido en el art. 30 de la CADH. Seguidamente, se examina la «finalidad de la medida restrictiva», es decir, que «la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención»³⁰. Posteriormente, la Corte IDH analiza si la limitación es «necesaria en una sociedad democrática» y «proporcional». En este punto comprueba la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad* de la medida restrictiva³¹.

²⁸ TEDH. *Leyla Şahin v. Turkey*, Sentencia de 10 de noviembre de 2005, párr. 110.

²⁹ TEDH. *S.H. And Others v. Austria*, Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (Gran Sala), párr. 94.

³⁰ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 180. En este punto, existen finalidades generales o específicas establecidas en determinados derechos (*ibid.*, párr. 180). En la primera de las categorías, el art. 32 establece causas de restricción aplicables a todos los derechos, como «los derechos de los demás», «la seguridad de todos» o «por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática» (*ibid.*, párr. 180). En el segundo caso, se encuentran casusas como «seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás», establecidos en el art. 12.3 (libertad de conciencia y de religión), el art. 13.2 b) (libertad de pensamiento y de pensamiento del artículo) y el art. 15 (derecho de reunión).

³¹ La *necesidad de la medida en una sociedad democrática* tiene reconocimiento expreso en algunos derechos: arts. 15, 16 y 22. Sin embargo, este requisito «ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos». *Ibid.*, párr. 185.

En este orden, tal vez una excepción al no reconocimiento de este tipo de márgenes lo fue el *Caso Mémoli vs. Argentina* con sentencia de 22 de agosto de 2013. Al no considerar responsable al Estado por la violación del derecho a la libertad de expresión, una mayoría de jueces examinó las consecuencias de las expresiones de los señores Mémoli en el derecho a la honra y la reputación de otras personas, conforme al art. 13.2 a) de la CADH. El tribunal se *inhibió* de realizar la ponderación entre los derechos en pugna (libertad de expresión y derecho a la honra y la reputación de otras personas) y privilegió el realizado por la autoridad nacional. En un insólito razonamiento sostuvo que «las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro»³². En su criterio las autoridades habían realizado «una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificaba el establecimiento de responsabilidades ulteriores en su perjuicio» y que «(d)ada la naturaleza del procedimiento ante la Corte, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no han tenido participación en el mismo»³³. En el voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, esta decisión fue agriamente criticada:

Lo que procedía en autos es que sea la propia Corte la que, conforme a la Convención, realice el juicio de proporcionalidad o ponderación entre dicho ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y la necesidad de las responsabilidades ulteriores o sanciones decretadas por el juez interno por las declaraciones que se formularon al amparo del mismo. Pero, en la Sentencia no se procedió así y se optó, en cambio, por la posición de que es a la jurisdicción interna del Estado a la que le compete realizar el examen de los hechos correspondientes [...]

Sin embargo, esa ponderación no es realizada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, sino evidentemente acorde al derecho interno del Estado. A este respecto, es necesario reiterar que el asunto a resolver en autos es si el juez penal nacional, al conocer y fallar en este asunto, realizó un correcto control de convencionalidad sobre la necesidad de las responsabilidades para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, es decir, no si se aplicó correctamente la sanción penal conforme al derecho interno del Estado, sino si lo hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Convención. Y ello no ocurrió así³⁴.

³² Corte IDH. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 143.

³³ Ídem.

³⁴ Voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Corte IDH. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, p. 6.

Este tipo de razonamiento inhibitorio del juicio de proporcionalidad del tribunal interamericano no forma parte de una jurisprudencia consolidada por la Corte IDH. Esta inhibición tiene menos razón cuando se trata de restricciones a derechos con estándares de protección rígidos, por ejemplo, como también ocurre en el espacio europeo, cuando se trata de la libertad de expresión. Para el tribunal europeo será un margen estricto cuando se refiera a «debates sobre cuestiones de interés público»³⁵ o aquella ejercida por la prensa, esta última debido «al fuerte interés de una sociedad democrática en que la prensa ejerza su papel vital como guardián público»³⁶. La Corte IDH ha reconocido en este sentido que «[e]l 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»³⁷ (resaltado del autor).

Esta realidad jurisprudencial, sin embargo, no impide que el alcance de los objetivos legítimos convencionales pueda determinarse conforme a la normativa interna de un Estado, aun cuando no se realiza bajo el imperativo de reconocer un margen de apreciación. En el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* con sentencia de 20 de noviembre de 2009, la Corte IDH enfatizó en la legislación interna del Estado para determinar el alcance de un fin legítimo en el marco de las responsabilidades ulteriores del derecho a la libertad de expresión referido al «respeto a los derechos o a la reputación de los demás» cuando el sujeto no es una persona física (en este caso las Fuerzas Armadas), y que luego forma parte del juicio de proporcionalidad. Al considerar que «la Convención no establece que las únicas restricciones a derechos individuales que pueden ser legítimas son aquellas que pretenden proteger otros derechos individuales» y que «la Convención también contempla que sean legítimas aquellas restricciones que tengan como finalidad otros motivos no relacionados con el ejercicio de derechos individuales reconocidos en la Convención», consideró que

la finalidad en cuestión en el presente caso *es legítima, en tanto pretende proteger un derecho que la normativa interna venezolana reconoce a las Fuerzas Armadas* y que en

³⁵ TEDH. *Wingrove c. Reino Unido*, Sentencia de 25 noviembre de 1996, § 58.

³⁶ TEDH. *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, Sentencia de 22 de abril de 2013 (Gran Sala), párr. 102.

³⁷ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155.

términos generales *se encuentra reconocido en la Convención Americana respecto de personas naturales*³⁸ (resaltado del autor).

3. ALCANCE O CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS CONVENCIONALES

Uno de los aspectos más problemáticos de esta doctrina del margen de apreciación en el TEDH se refiere a la determinación del alcance o el contenido sustantivo de los derechos convencionales (Gerards, 2018: 499; Kratochvíl, 2011: 330). En el caso *Vo v. France* (2004), la Gran Cámara del TEDH analizó si una omisión del Estado francés de establecer un recurso penal en su ordenamiento jurídico para condenar la *destrucción involuntaria de un feto* podía constituir una violación al derecho a la vida del art. 2 del CEDH. A tales efectos, existía una cuestión por determinar: cuándo se daba *comienzo a la vida* y, por tanto, cuándo se era *persona*, conforme al mencionado art. 2. El TEDH consideró, ante la ausencia de consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, que esta materia entraba en el margen de apreciación de los Estados³⁹. En otro asunto, *A, B and C v. Ireland* (2010), se reiteró el criterio anterior de *ausencia de consenso* sobre el comienzo de la vida para reconocer un margen de apreciación estatal en cuanto a las normativas prohibitivas del aborto y su impacto en el art. 8 del CEDH referido al respeto a la vida privada⁴⁰.

En dos asuntos relevantes ante la Corte IDH se pueden advertir enfoques diametralmente opuestos a reconocer algún tipo de *deferencia estatal* en la determinación del alcance o contenido sustantivo de los derechos convencionales. En *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia había provocado una prohibición general de realizar fecundación *in vitro* en Costa Rica. Esta decisión tenía potencial impacto en la violación de los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, pero la Sala Constitucional había sostenido que «la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y,

³⁸ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 66.

³⁹ TEDH. *Vo v. France*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Gran Sala), párr. 82. *Vid.*, en este sentido, la *Dissenting opinion of judge Ress, Vo v. France*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Gran Sala), párr. 8.

⁴⁰ TEDH. *A, B and C v. Ireland*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (Gran Sala), párr. 230 y ss.

en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones»⁴¹.

Al concentrar entonces el examen en si se justificaba la medida restrictiva en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, la Corte IDH debía primero encarar la interpretación del art. 4.1 de la CADH y pronunciarse sobre «los alcances de dicho derecho»⁴² en relación a cuándo se era *persona* (el texto convencional delimitaba el marco protector de este derecho «a partir del momento de la concepción»). Sin embargo, y pese a que Costa Rica reclamó expresamente un margen de apreciación en la regulación de la técnica de fecundación *in vitro* en razón de una *ausencia de consenso* sobre «el estatuto jurídico del embrión» y «sobre el inicio de la vida humana»⁴³, la Corte IDH no sucumbió y asumió establecer el alcance de este derecho en su condición de «intérprete última de la Convención»⁴⁴.

Por su parte, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* con sentencia de 24 de febrero de 2012⁴⁵, la cuestión atañía al alcance de la obligación general del art. 1.1 de la CADH⁴⁶. Al analizar si la orientación sexual era una *categoría*

⁴¹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 162.

⁴² *Ibid.*, párr. 171.

⁴³ *Ibid.*, párr. 170.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 171. Sin referencia a la cuestión del margen de apreciación, en este punto concluyó: «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 art. 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 art. 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». *Ibid.*, párr. 264.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

⁴⁶ «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 1.1 de la CADH).

protegida por este art. 1.1⁴⁷, en un caso concerniente a tratos discriminatorios y violación del derecho a la vida privada y familiar, tuvo que considerar la alegación del Estado sobre la ausencia de consenso interamericano al momento en que la Corte Suprema de Chile determinó el retiro del cuidado y custodia de las hijas a una persona por su orientación sexual⁴⁸. Sin atender a un enfoque de deferencia, la Corte IDH concluyó que «la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención»⁴⁹. En este aspecto concreto, sostuvo:

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 esta 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 Americana⁵⁰.

Esta misma posición mantuvo en el *Caso Duque vs. Colombia* con sentencia de 26 de febrero de 2016, al determinar la responsabilidad del Estado por una normativa que impidió el acceso sin discriminación y en condiciones de igualdad a una pareja del mismo sexo a una pensión de sobrevivencia⁵¹. En igual sentido, la opinión consultiva *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* de 24 de noviembre de 2017⁵² consolidó esta jurisprudencia cuando abordó la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 83 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 75.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 91.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 92.

⁵¹ Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 124 y 138.

⁵² Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1

Es correcto apuntar entonces que el factor del «consenso estatal», que en el ámbito europeo alcanza relevancia en el reconocimiento del margen de apreciación, no tiene esta significación en la jurisprudencia de la Corte IDH. En todo caso, incide de forma potencial en la interpretación evolutiva que realiza la Corte IDH, con fundamento en el art. 29 de la CADH y en el art. 31. 3 de la Convención de Viena sobre Derechos de Tratados (CVDT), pero no en graduar espacios de *deferencia estatal*. La constatación de un «consenso regional» se puede identificar en «la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales», la que a su vez tiene relevancia en la interpretación de las disposiciones de la CADH en su condición de «instrumento vivo»⁵³. De este modo, incide en las reglas de interpretación de la CADH a utilizar por el juez internacional, pero no se convierte en un elemento que gradúe espacios de deferencia estatal, como lo es reconocer un margen de apreciación en la determinación del alcance o el contenido de un derecho convencional.

Estas consideraciones previas no desconocen que, determinado el alcance o contenido sustantivo de un derecho, la Corte IDH sea indiferente en todos los casos a la diversidad institucional y política del entorno interamericano para el establecimiento de estándares de protección. Esto tiene mayores implicaciones cuando el pronunciamiento de la Corte IDH lo hace en el marco de su jurisdicción consultiva, con una función *asesora* y *preventiva* para los Estados partes de la OEA⁵⁴. El *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada*

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 219.

⁵³ La Corte IDH ha sido constante en considerar que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de [dicha] Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado». Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, p. 197.

⁵⁴ Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 32. Desde el punto de vista doctrinal, una aproximación temprana se encuentra en Buergenthal (1985: 1-27).

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con resolución de 29 de mayo de 2018, sobre las garantías procesales en los *juicios políticos* fue una muestra de ello: si bien en un asunto contencioso, el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* con sentencia de 31 de enero de 2001, la Corte IDH había considerado aplicables las garantías judiciales del art. 8.1 y 8.2 a un juicio realizable en un órgano estatal como el Congreso de Perú⁵⁵, las razones para evitar opinar por medio de una opinión consultiva se basaban en «un gran número de modelos de juicio políticos o procedimientos de *impeachment*», cuyos «diseños en muchas ocasiones son productos históricos, que responden a las necesidades y a la experiencia constitucional de cada sociedad»⁵⁶.

4. REGULACIONES GENERALES EN EL EJERCICIO DE DERECHOS

En la jurisprudencia del TEDH, restricciones generales para garantizar el ejercicio de determinados derechos se han analizado bajo las consideraciones de márgenes de apreciación. El tribunal europeo reconoce a los Estados cierta deferencia en determinar la regulación normativa de algunos derechos, como el establecido en el art. 6.1 del CEDH (derecho de acceso a un tribunal), tal como evidencian los asuntos *Waite and Kennedy v. Germany* (1999)⁵⁷ y *Sabeh El Leil v. France* (2011)⁵⁸. La necesidad para el Estado de regular su ejercicio implica en todo caso limitaciones que no *restringan o reduzcan el ejercicio del derecho* o quebranten *la esencia misma del derecho*, y tome en cuenta la *compatibilidad de la medida con un fin legítimo* y la *proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido*⁵⁹.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 71-77.

⁵⁶ Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018, párr. 17. En este sentido, la Corte IDH consideró: «la Corte estima que se encontrará mejor situada para garantizar los derechos humanos que podrían estar en juego y examinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico de los Estados respecto de la Convención Americana y el *corpus iuris* interamericano en general, realizando un escrutinio caso por caso a través de su jurisdicción contenciosa. Del mismo modo, se evitaría un pronunciamiento prematuro sobre asuntos que podrían ser sometidos a la Corte con posterioridad en el marco de un caso contencioso». *Ibid.*, párr. 18.

⁵⁷ TEDH. *Waite and Kennedy v. Germany*, Sentencia de 18 de febrero de 1999, § 59.

⁵⁸ TEDH. *Sabeh El Leil v. France*, Sentencia de 29 de junio de 2011 (Gran Sala), párr. 47.

⁵⁹ Ídem.

Estas limitaciones para garantizar el ejercicio de un derecho, cuyo espacio de discrecionalidad estatal se ha identificado como margen de apreciación, también se pueden adoptar por los Estados al amparo de la CADH. En el marco de las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 del texto americano, los Estados gozan de ciertos márgenes para implementar medidas generales en el ejercicio de los derechos convencionales. En virtud del art. 1.1. (*obligaciones generales de respeto y garantía*) o al amparo del art. 2 (*adecuación de la normativa interna a las disposiciones convencionales*, sin igual en el CEDH), se reconocen, con distintos grados, espacios de discrecionalidad estatal en las medidas a adoptar. Con respecto a este art. 2, por ejemplo, la Corte IDH ha sostenido que el texto convencional «no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta»⁶⁰.

En numerosos casos, la Corte IDH no solo ha profundizado en estas deferencias convencionales al Estado, sino que expresamente ha aludido a la expresión «márgenes de apreciación nacionales». En el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de 2004, al analizar el art. 8.2 h) de la CADH («derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior») y en la misma línea europea, sostuvo que «(s)i 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»⁶¹ (resaltado del autor). En el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* de 2009 también insistió en que «(s)i 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»⁶². En el *Caso Castañeda Gutman vs. México* de 2008, referido al ejercicio de los derechos políticos, el tribunal sostuvo:

El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), *la*

⁶⁰ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 172.

⁶¹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161.

⁶² Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 90.

Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos [...]. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa⁶³ (resaltado del autor).

Estos ejemplos muestran también, no obstante, que, aun reconociendo el margen de los Estados en la implementación de las medidas para ejercicio de los derechos, no cede en la intensidad del escrutinio sobre su impacto en el ejercicio del propio derecho. En el ámbito europeo el reconocimiento de este margen tiene implicaciones en rebajar la intensidad del juicio sobre la convencionalidad de la medida. En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, como ya se ha visto, el reconocimiento de estos márgenes lógicos en la implementación de las medidas no se traduce en hacer primar la razonabilidad de las autoridades nacionales sobre la *legitimidad, necesidad y proporcionalidad* de estas. Además de los ejemplos expuestos, cabe también recordar la opinión consultiva de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la que el tribunal razonó en este sentido:

[...] 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 naturalizados⁶⁴.

III. ¿CONVENIENCIA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN, EN TODAS SUS FACETAS, EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH?

Han existido disímiles reticencias para aceptar que esta doctrina se aplique en el ámbito interamericano, aunque en ocasiones no se delimiten los

⁶³ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 149.

⁶⁴ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 62.

ámbitos de invocación ya apuntados: algunos ubican el adverso contexto americano, marcado por la debilidad de los sistemas democráticos (Cançado Trindade, 2009: 389 y ss.); otros aducen una vocación *universalista* en la jurisprudencia de la Corte IDH (Benavides Casals, 2009: 308; Clérico, 2020: 76-77); mientras que no escapan tampoco los inconvenientes de la experiencia europea y los recelos por incorporar una doctrina problemática en su aplicación. Sin embargo, la preocupación por nuevos enfoques del *principio de subsidiariedad* en la jurisprudencia de la Corte IDH, menos intrusivo en la vida de los Estados, está en la base de necesarias perspectivas de deferencia estatal propugnadas en la doctrina (Contesse, 2016: 141 y ss.; Sergio Verdugo y Francisco García, 2012: 175-216; Aguilar Cavallo, 2019: 676). Factores similares a los esgrimidos en el ámbito europeo se aducen para su aceptación en la jurisprudencia de la Corte IDH, entre ellos la *diversidad y pluralidad política, social, económica y jurídica* que ameritan relativizar en algunos casos la aplicación estricta de sus estándares (Sagüés, 2003).

Existe una sugerente tendencia, en una línea similar a la defendida por el TEDH en el asunto *Animal Defenders International v. The United Kingdom* (2013)⁶⁵, que pone énfasis en la *deliberación democrática* y en el *Estado de derecho* para la asunción por el tribunal interamericano de posiciones de deferencia. Esto es, un mayor o menor intervencionismo de la Corte IDH en razón de si se trata de «decisiones democráticas fuertes» tomadas en lo interno de los Estados. En este orden, una posición menos intervencionista se justificaría ante «decisiones que fueron el resultado de una deliberación democrática amplia y profunda» (Gargarella, 2016). Es una línea de razonamiento que apela a «enfoques de deferencia y contextuales sin necesidad de llegar al extremo de reconocer un margen de apreciación nacional»⁶⁶.

El principal problema que se advierte en estas posturas, y en otras con igual finalidad, es cómo se concilian tres aspectos fundamentales: el marco

⁶⁵ El TEDH sostuvo en este caso: «The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation». TEDH. *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, Sentencia de 22 de abril de 2013 (Gran Sala), párr. 108.

⁶⁶ En este sentido, Jorge Roa Roa consideró en su momento que «La deferencia implica analizar la calidad democrática de las decisiones legislativas adoptadas por los parlamentos nacionales, el grado de deliberación social sobre decisiones que han resuelto un desacuerdo dentro de un Estado, los atributos de los procedimientos judiciales internos, el grado de apertura a la ciudadanía de los foros políticos y judiciales, y la actitud de las autoridades nacionales hacia la apertura y el diálogo con los estándares fijados por los tribunales internacionales» (2018: 816).

convencional ya descrito —más restringido para permitir este tipo de enfoques—; la condición de tribunal internacional de la Corte IDH —no un tribunal constitucional o de otro tipo—, encargado de interpretar y aplicar la CADH («último intérprete» de la normativa convencional) conforme a las reglas de interpretación de la propia CADH y del derecho internacional general; y el nivel de desarrollo alcanzado por la jurisprudencia interamericana en el establecimiento de estándares de protección.

Esto permite plantear varias objeciones a la posibilidad de que la Corte IDH se inhíba o relativice la aplicación de sus estándares de protección para dar preferencia, en su caso, a una normativa jurídica «deliberada», «democrática» o «fuerte». Es difícil concebir, desde nuestro punto de vista, una interpretación de acuerdo a las reglas de la propia CADH —ya vimos— o de las establecidas en la CVDT que permita al tribunal asumir este tipo de posiciones si ello implica inhibirse del control de convencionalidad. Al menos en un escenario en que la Corte IDH evite precisamente interpretar y aplicar la normativa convencional (art. 62.3) conforme a sus propias reglas y al derecho internacional cabría esta posibilidad.

Estas razones están en la base de colisiones directas entre la *autonomía normativa* de los conceptos del texto convencional, en la forma que interpreta la Corte IDH, y su significación en el derecho interno de los Estados⁶⁷. Y de ahí también la explicación de la reticencia de la Corte IDH, con criterios bastante estrictos, de brindar un cheque en blanco a los Estados en la interpretación de conceptos convencionales que se utilizan para justificar restricciones a derechos⁶⁸. Esto es así porque resulta problemática la viabilidad de una

⁶⁷ En términos generales, es posible suscribir esta idea: «Aunque los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se asigne a los mismos en el Derecho interno de los 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» (Faúndez Ledesma, 2004: 63).

⁶⁸ Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el concepto de *bien común*, establecido como justificativo de restricción general para aquellos derechos que no contemplan restricciones específicas. La Corte IDH ha sostenido en este sentido que: «No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención).

deconstrucción de los estándares interamericanos para rebajar la intensidad del escrutinio en determinados casos o para su aplicación selectiva. ¿Sobre qué bases convencionales pudiera el tribunal interamericano actuar de esta manera? ¿Cuál disposición convencional permitiría una construcción jurisprudencial de este tipo? ¿Cómo se justificaría convencionalmente que el tribunal, por ejemplo, evite examinar la razonabilidad de una medida restrictiva estatal, de acuerdo a sus propios estándares, para privilegiar la razonabilidad de las autoridades nacionales o la condición democrática de la medida?

Es posible asumir, en este sentido entonces, una eventual inconventionalidad en relativizar la aplicación de los estándares de protección al momento de examinar la convencionalidad de una medida restrictiva: es decir, una relativización del tipo que provoque una inhibición o ausencia de control de la razonabilidad de esta restricción conforme a los estándares interamericanos. Esto también opera en la determinación del alcance o contenido sustantivo de un derecho, que solo podría realizar la Corte IDH en su función de «interpretar» el texto convencional, aun cuando afecte a aspectos morales o religiosos de una sociedad, que como ya vimos fue la perspectiva en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* y el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

En caso de aceptarse su procedencia convencional, no solo comportaría un notable retroceso en la aplicación general de los estándares interamericanos, sino que entrañaría problemas operativos evidentes. Requeriría, como también ocurre en el entorno europeo, un difícil ejercicio de coherencia y sistematicidad jurisprudencial: ya sea en las razones para reconocer un margen amplio o estrecho, como para determinar en el caso concreto la aplicabilidad del criterio (por ejemplo, cuándo sería una medida democrática de tal entidad para motivar una inhibición del tribunal internacional), entre otras. Esto anterior sumado a los propios inconvenientes de aceptar un retraimiento del ejercicio de la función judicial en determinados asuntos: una relativización en la aplicación de sus estándares tendría un correlato pernicioso de discrecionalidad judicial que no solo debilitaría la propia función judicial, sino también el activismo y el impacto transformador de su jurisprudencia. Aunque pueda

Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención». Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

ser un elemento de legitimización frente a los Estados, al potenciar un principio de subsidiariedad *menos invasivo* frente a los Estados, no lo sería ante las personas, la sociedad civil y la opinión pública del continente americano.

Esto no implica, sin embargo, dejar de agotar todas las posibilidades para asumir ciertos enfoques de deferencia en los marcos de un tribunal internacional —que interpreta y aplica un tratado de derechos humanos— y que no puede dar la espalda a las particularidades nacionales del entorno interamericano. Tal vez el tribunal pudiera operar con deferencia estatal cuando se requiera la determinación de un fin legítimo relacionado con *contenidos específicos de la moral o de concepciones religiosas* previo al propio juicio de *necesidad* y de *proporcionalidad*. Para que fuera posible, a tenor del desarrollo jurisprudencial de la propia Corte IDH, esta deferencia no procedería, como ya se ha expresado, si ello tuviera incidencia en la determinación del alcance o el contenido de un derecho convencional, o implicara aceptar situaciones o tratos de discriminación⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES

Al destacar en este trabajo las diversas formas de aplicación de la doctrina del margen de apreciación por el TEDH se subraya cómo expresiones similares se encuentran en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, variantes de esta doctrina que inciden en la intensidad del juicio de proporcionalidad de una medida restrictiva, o en la determinación del alcance o contenido de un derecho, o en las cuestiones relativas a situaciones de emergencias no tienen igual réplica en el sistema interamericano, pese a algún caso aislado.

Las conclusiones de este trabajo contrastan con un clamor cada vez más generalizado en la academia latinoamericana por un rumbo distinto en la posición de la Corte IDH. Los criterios para incorporar este enfoque

⁶⁹ Con estas salvedades, tal vez pueda suscribirse la posición del juez Vio Grossi en su voto parcialmente disidente en el *Caso Duque vs. Colombia*: «[...] a quién le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación a asuntos de alto contenido ético y moral y que se considera conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados Partes y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano, de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte». Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, p. 10.

en los mencionados ámbitos se asumen críticamente por los serios obstáculos convencionales que ello encontraría: por debilitar la competencia de la Corte IDH para interpretar y aplicar la normativa convencional como «último intérprete»; por la relativización de los estándares de protección a aplicar; entre otras consecuencias. En igual sentido, se alude a los efectos negativos que ello tendría en la legitimidad del propio tribunal en la protección de los derechos humanos frente a una gran diversidad de actores de la sociedad civil.

En este orden, propuestas que tienden a asumir perspectivas de deferencia estatal, sin apelar al «margen de apreciación», no rebasan tampoco el valladar previamente apuntado. No queda suficientemente explicado cómo la Corte IDH pudiera encarar posiciones de deferencia en casos, por ejemplo, de normativas nacionales *democráticas* y *deliberadas* para evitar el escrutinio judicial de conformidad con la normativa convencional y los estándares de protección interamericanos. Y más importante aún en un proceso de este tipo es cómo ello repercutiría en la *aplicabilidad de sus estándares* (selectiva), cuáles parámetros se tomarían en cuenta (¿cuándo es democrática una normativa?) y el evidente repliegue en un activismo judicial, con incidencia en la deconstrucción de un camino ya andado, que ha tenido importantes impactos en la transformación de las sociedades interamericanas.

Por todo ello, serían muchos los inconvenientes si se incorporara esta doctrina en la jurisprudencia interamericana. Si el tiempo presente demanda enfoques de deferencia por la Corte IDH, no es el margen de apreciación europeo el camino a transitar, al menos con esta CADH en vigor. En cualquier caso, siempre queda el camino de las enmiendas de esta convención si así lo deciden los Estados y no provocar que un giro hacia el reconocimiento de márgenes de apreciación al amparo de la vigente convención penetre en terrenos susceptibles de inconventionalidad. En otro tanto, tal vez fórmulas americanas, aún por desarrollar, puedan brindar mejores soluciones a problemas americanos. Esa debería ser la premisa a seguir, pero no está claro si será posible.

Bibliografía

- Aguilar Cavallo, G. (2019). Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 155, 643-684. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14944>.
- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 15 (1), 295-310. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idy005>.

- Benvenisti, E. (2018). The margin of appreciation, subsidiarity and global challenges to democracy. *Journal of International Dispute Settlement*, 9 (2), 240-253.
- Bertot Triana, H. (2023). *Estudios sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cavilaciones al hilo de temas actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Brems, E. (2019). Positive subsidiarity and its implications for the margin of appreciation doctrine. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37 (3), 210-227. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0924051919861798>.
- Buergenthal, T. (1985). The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court. *The American Journal of International Law*, 79 (1), 1-27. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2202661>.
- Cançado Trindade, A. A. (2009). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. México: Jurídica de las Américas.
- Clérico, L. (2020). El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TED y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, 46, 57-83. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.03>.
- Contesse, J. (2016). Contestation and deference in the Inter-American human rights system. *Law and Contemporary Problems*, 79, 123-145.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- García Roca, J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 117-143. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778>.
- Gargarella, R. (2016). Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 4, 1-17. Disponible en: <https://tinyurl.com/2p9hk5pf>.
- Gerards, J. (2011). Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine. *European Law Journal*, 17 (1), 80-120.
- (2018). Margin of appreciation, incrementalism and the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 18 (3), 1-21.
- Glas, L. R. (2016). *The theory, potential and practice of procedural dialogue in the European Convention on Human Rights System*. Mortsel: Intersentia.
- Greer, S. (2000). *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights* (vol. 17). Council of Europe Publishing: Human Rights Files.
- (2017). Universalism and relativism in the protection of human rights in Europe: Politics, law and culture. En P. Agha (ed.). *Human rights between law and politics. The margin of appreciation in post-national contexts* (pp. 17-36). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Kratochvíl, J. (2011). The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29 (3), 324-357. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/016934411102900304>.

- Legg, A. (2012). *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*. Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199650453.001.0001>.
- Letsas, G. (2006). Two concepts of the margin of appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 705-732. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gql030>.
- Nash Rojas, C. (2018). La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 71-100. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>
- Roa Roa, J. E. (2018). La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Brasileña de Políticas Públicas*, 8 (2), 801-823. Disponible en: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5643>.
- Sagüés, N. P. (2003). Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica. *Revista Ius et Praxis*, 9, 1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100011>.
- Sergio Verdugo, S. y Francisco García, J. (2012). Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Actualidad Jurídica*, 25, 175-216.
- Spielmann, D. (2012). Allowing the right margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of european review? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 381-418. Disponible en: <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>.
- Sweeney, J. A. (2005). Margins of appreciation: cultural relativity and the European Court of Human Rights in the post-cold war era. *The International and Comparative Law Quarterly*, 54 (2), 459-474. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/iclq/lei003>
- Vio Grossi, E. (2018). La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2, 212-213.