

LUZ ELIYER CÁRDENAS CONTRERAS

**LA EVOLUCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO
DOCTRINA TRANSREGIONAL**

(Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Derecho Público)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS
EN DERECHO PÚBLICO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

**Directora Departamento
Derecho Constitucional:** **Dra. Magdalena Correa Henao**

Directora de Tesis: **Dra. Paola Andrea Acosta Alvarado**

Presidente de Tesis: **Dra. Magdalena Correa Henao**

Examinadores: **Dr. José Julián Tole Martinez**
Dr. Fabio Estrada Valencia

Abogada y Especialista en Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana. Candidata a Magister en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, Abogada en la Dirección de Reparación de la Unidad de Atención y Reparación Integral para las Víctimas.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	v
INTRODUCCIÓN	vi
I. LA TRANREGIONALIDAD DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL .	1
II. DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	7
III. EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	14
3.1 EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA EN EL ESCENARIO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	15
3.2 EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL ESCENARIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	30
IV. REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO.....	54
CONCLUSIONES	66
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

ABREVIATURAS

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Declaración Americana: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Margen de Apreciación o MAN: Margen de Apreciación Nacional

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), desempeña un rol fundamental en los Estados latinoamericanos, tanto por ser el gestor de la protección y promoción de los derechos humanos en el continente; como, también, por ejercer control jurisdiccional, con el objeto de compeler a los Estados a dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto, adecuación y garantía que contempla su principal instrumento normativo vinculante, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Justamente, la doctrina del Margen de Apreciación Nacional (MAN o margen de apreciación), en el derecho internacional se percibe como una herramienta que limita dicho control judicial de los tribunales internacionales soportado en el reconocimiento del poder estatal (Acosta Alvarado, 2012, p. 183), para interpretar las obligaciones internacionales que no gozan de consenso internacional.

Bajo esta perspectiva, esta investigación pretende formular, desde el estudio de la doctrina del margen de apreciación, una herramienta o estrategia de asistencia a las autoridades nacionales, que pueda ser empleada como un espacio de discrecionalidad respecto de aquellas obligaciones frente a las cuales, el sistema regional carece de consenso, o frente aquellas que por su amplitud permiten un margen de decisión respecto a la forma como se ha de cumplir con la disposición internacional.

El margen de apreciación nacional tiene su origen en el derecho europeo de los derechos humanos, consiste en una concesión que ha otorgado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a los Estados parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), para interpretar una obligación internacional

conforme a su propio derecho. Es la jurisprudencia del TEDH, entonces, la que ha construido las diferentes reglas en las que los Estados podrán soportar sus deferencias para con las obligaciones internacionales contraídas (Benavides Casals, 2009. p. 13-21).

Si bien, el MAN no es una doctrina de reciente aparición en el contexto europeo, en el hemisferio americano, su uso ha dado lugar a diversas inquietudes. Un buen número de autores latinoamericanos sostiene que tal institución no es de recibo en el SIDH¹ y, por tanto, no hay que detenerse en ella.

Sin embargo, tras realizar un rastreo jurisprudencial, se han descubierto 23 sentencias de la Corte IDH y 19 casos de la CIDH, en los que se puede inferir el abordaje del margen de apreciación en distintos grados de concreción. Por lo tanto, consideramos de suma relevancia abordar el estudio de esta figura en el continente americano.

Este documento retrata el viaje que ha emprendido la doctrina del Margen de Apreciación, desde el continente europeo, hasta el SIDH, valiéndose del marco conceptual de los trasplantes jurídicos (López Medina, 2004, pp. 1-21; Fuentes Contreras, 2010. Págs. 63-67). Nuestro punto de partida es que, el Margen de Apreciación, es una doctrina transregional del derecho de los derechos humanos, en la medida en, que su origen está en el derecho europeo y su sitio de recepción es el SIDH. Desde allí podremos determinar cuál es el grado de desarrollo de la doctrina referida en nuestro sistema regional (Incorporación, recepción y trasplante) y cuál ha sido su propósito (Pragmático, valorativo o contextual).

¹ Cfr. Nash Rojas, 2018. Pág. 87-96.

En cuanto a la metodología que se empleó, en primer lugar, se realizó una consulta doctrinal acerca del margen de apreciación en el contexto europeo e interamericano, posteriormente, se procedió a realizar búsquedas jurisprudenciales respecto de los casos del TEDH y la Corte IDH en las que se ha abordado la temática. El rastreo se hizo a partir de términos específicos. Para la jurisprudencia del TEDH se usaron las palabras “margen” o “margin”; “deferencia” o “deference” y para la jurisprudencia de la Corte IDH, y los casos de la CIDH, se emplearon los términos: “margen”, “deferencia”, “límite”, “discrecionalidad”, “potestad”, “consenso”, “subsidiariedad”, “capacidad de apreciación”, “reserva”, “soberanía” y “sesgo”. Dicho método, permitió rastrear 28 sentencias del TEDH, 23 de la Corte IDH, y 19 casos de la CIDH, de donde se extractaron los atributos del Margen de Apreciación y su desarrollo temático.

La investigación tiene como eje central el viaje de la doctrina del MAN y su correspondiente trasplante en el sistema interamericano, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH y los casos de la CIDH, con una naturaleza y matices propios, que permitirá más o menos, dependiendo del grado, la utilización del mecanismo en los conflictos contenciosos que se suscitan en el orden interamericano.

Este trabajo, se dividirá en tres partes para cumplir con su propósito, en primer lugar, se abordará el marco conceptual de los trasplantes jurídicos en el que se planteará el MAN como una doctrina transregional; en segundo lugar, se abordará el sitio de producción, es decir el TEDH y la doctrina del MAN; y, en tercer lugar, el sitio de recepción, el SIDH y la doctrina del MAN. Finalmente, se introducirán unas breves reflexiones sobre el margen de apreciación en el contexto Interamericano.

I. LA TRANREGIONALIDAD DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

El presente trabajo parte de que el Margen de Apreciación es una doctrina de origen transregional. Dicha afirmación se basa la reflexión de distintos autores sobre la teoría del derecho de los trasplantes jurídicos²; formulada en el marco del derecho comparado, hasta el momento aplicada para explicar la existencia de lugares creadores de reglas de derecho "sitios de producción"³ y lugares receptores de derecho "sitios de recepción"(López Medina, 2004, p. 17).

El profesor Alan Watson, quien fue uno de los primeros autores en abordar a doctrina de los trasplantes jurídicos, en la década de los 70, lo define como "el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro"⁴ (Watson, 1993, p. 21); Para Pierre Legrand, el más tenaz crítico de los trasplantes jurídicos, las reglas no pueden viajar, en consecuencia, los trasplantes legales son imposibles. Explica que las normas no pueden viajar debido a que son mucho más que simples palabras escritas, pues la construcción de las normas requiere de la incorporación de las formas culturales que se encuentran soportadas en impresiones históricas e ideológicas propias de cada cultura (Legrand, 1997, pp. 114-116); entonces al introducir nuevas formas de interpretar no se trata de la regla trasplantada sino de una nueva regla.

² Cfr. Watson, 1993, pp. 1-20; López Medina, 2004, pp. 1-69; Bonilla Maldonado, D. (editor académico), 2009; Miller, 2003, pp. 839-886; Legrand, 1997, pp. 111- 124; Filipini, 2010, pp. 11-38; Iannello, 2008, pp. 290- 341; Blanco Contreras, 2016. Pp. 170-187; Fuentes Contreras, 2010, pp. 63-113.

³ Vale la pena aclarar que en la presente tesis, no se pretenderá duplicar, en el campo del margen de apreciación, la perspectiva de profesor López Medina quien entiende encasillar los "sitios de producción" como sitios "periféricos" o "semiperiféricos" productores de verdaderas teorías jurídicas, mientras que, por otro lado, los "sitios de recepción", son "ambientes hermenéuticos pobres" (López Medina, 2004, pp. 15-21); pues el objetivo de este trabajo, respecto de trasplantes jurídicos, no es demostrar la superioridad del sistema europeo sobre el interamericano, sino estudiar el diálogo entre los sistemas.

⁴ Traducción realizada por Federico Escobar Córdoba en: Escobar Córdoba, 2009, p. 261

La doctrina de los trasplantes legales, como se aprecia, no es de pacífico recibo, para algunos, siguiendo a Legrand, no son posibles dichos trasplantes, mientras que otros como el profesor López Medina le ha exaltado virtudes no solo al trasplante jurídico, sino más específicamente, a las mutaciones propias en las que este degenera, tras la interpretación disímil de mimesis en el contexto local⁵.

Lo que se aborda en esta investigación no es propiamente el trasplante del derecho extranjero en el orden local, sino que se observa una relación análoga, en el derecho de los derechos humanos en contextos regionales diferentes, es decir que, la creatura del Margen de Apreciación por parte del TEDH, es tomada en préstamo o implantada, por la Corte IDH para la solución de problemáticas más o menos semejantes.

Para el propósito descrito, esta investigación ha recabado entre las distintas clasificaciones desarrolladas en materia de trasplantes jurídicos, con la intención de hallar aquella que mejor se adecue al análisis que se propone. Las principales clasificaciones que existen en la materia versan sobre trasplantes netamente locales, así tenemos el caso de Jonathan Miller (2003), que retrata las clases de trasplantes a partir de la experiencia argentina⁶; Jorge Silverio Salgueiro (2005), quien elabora un método funcional en la comparación constitucional en donde se estudian: dos o más constituciones; dos o más ordenes constitucionales; o, se toman problemas concretos junto con el método funcional para hallar soluciones (pp. 408-416).

⁵⁵ Para López Medina, 2004, la asimilación subyace una dinámica de imitación, o como decían los filósofos clásicos griegos, de *mimesis* (p. 13)

⁶ En el texto "*A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process*", clasifica los trasplantes de acuerdo las razones por las que se realizan prestamos juridicos, mira el criterio del ahorro de costos; los trasplantes impuestos externamente; los trasplantes como una inversión personal y el trasplante generador de legitimitad, todos estos vistos desde la perspectiva historica y sociológica en los casos argentinos. (Miller, 2003, pp 22-50)

Por su parte, Fuentes Contreras (2010), caracteriza el trasplante como término, en donde a las expresiones, incorporación, recepción y trasplante jurídico, les haya diferencias conceptuales importantes. Para Fuentes (2010), la *incorporación* es el proceso por el cual se inserta un elemento nuevo a un determinado sistema jurídico; *Recepción* cuando la creación jurídica que se incorpora tiene ya un lugar de origen; y, el *trasplante jurídico* puede o no darse dependiendo si “aquello que se recepciona no ostenta un desarrollo dentro del sistema” será una recepción sin trasplante o “aquello que se recepciona había tenido una regulación previa en el sistema jurídico que acoge, es decir que no hay un desconocimiento total de aquello que ingresa en el orden jurídico (pp. 66-67). Entonces este último será un verdadero trasplante jurídico.

Además de estos, se destaca el texto del profesor Daniel Bonilla Maldonado (2009), en el que se reconstruyen distintas clasificaciones: trasplantes simples y complejos⁷; y, los modelos pragmático, contextual y valorativo (pp. 20-28), clasificaciones tomadas del texto “*Diffusion of law: a global perspective*” del profesor William Twining. El modelo pragmático es aquel utilizado para trasplantes jurídicos que funcionan como herramientas para solucionar problemas concretos; el modelo valorativo apunta a que para comprender adecuadamente los trasplantes jurídicos se deben entender los valores, principios e intereses políticos que lo fundamentan; y finalmente, el modelo contextual parte de la estrecha relación entre el derecho y la sociedad.

Estos modelos, el del profesor Fuentes y el de Twining⁸, son los que sirven de derrotero para esta investigación. En este sentido, se determinará si el MAN ha sido susceptible de incorporación, recepción y trasplante jurídico; y por otro

⁷ Los trasplantes simples son aquellos provenientes de procesos de autoridad o subordinación, y los complejos, donde no siempre se sabe sobre el gestor del trasplante, y las cuestiones legales a incorporar son múltiples. (Bonilla, 2009, pp. 11-20)

⁸ Se ha escogido los modelos propuestos por twinning en la medida en que como señala el mismo profesor Bonilla los primeros, el simple y el complejo, “pierde(n) de vista que los trasplantes jurídicos pueden ocurrir entre niveles distintos al estatal” (2009, p.17), y es justamente un panorama distinto al del derecho domestico el que reclama la presente investigación.

lado, se echará mano del modelo pragmático, pues el margen de apreciación es una herramienta para solucionar problemas concretos en el SIDH.

Ahora bien, resulta relevante establecer ¿Qué se puede trasplantar? ¿acaso, la doctrina del MAN puede ser objeto de préstamo? En principio, Alan Watson, sostuvo que aquello apto de ser trasplantado son las reglas jurídicas y los sistemas jurídicos (Watson, 1993, p. 21), sin embargo, otros autores han señalado que los diseños institucionales (Miller, 2003; Iannello, 2008), doctrinas (Blanco Contreras, 2016, p. 183; López Medina, 2004), géneros de producción de textos jurídicos (Bonilla Maldonado, 2009, p. 27), estrategias de armonización entre sistemas (Fuentes Contreras, 2010), herramientas hermenéuticas (Pegoraro, 2013), e incluso derechos (Silvero Salgueiro, 2005, p.410; Filipini, 2010) pueden ser artefactos jurídicos susceptibles de trasplante.

Como se evidenció en el párrafo precedente, cualquier ingenio jurídico podrá ser trasladado de su sitio de producción a otro, y ello no dependerá propiamente de la estructura de aquel; sino del proceso de incorporación y recepción que se da en un plano ajeno al que fue concebido. De tal forma, que en una primera mirada no podrá descartarse el Margen de Apreciación como doctrina transregional, susceptible de ser transpuesta en el SIDH.

Por supuesto, este no sería el primer caso en el que se toman en préstamo doctrinas o criterios elaborados por el TEDH por parte de la Corte IDH (Burgorgue-Larsen & Montoya Céspedes, 2015), así tenemos, la noción de *estoppel* usada en repetidas oportunidades⁹, así mismo, respecto de la noción de obligaciones positivas derivadas de la convención¹⁰, el método de la

⁹ Cfr. CORTE IDH, Caso *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, 2011. parr. 112. ; Caso *Chocron Chocron Vs. Venezuela*, 2011, parr 36.; Caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, 2006, parr. 160, entre otros.

¹⁰ Cfr. CORTE IDH, Caso *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1988, parr. 161-177; Caso *Gomes Lund y otros Vs. Brasil*, 2010, parr. 126-146, entre otros.

interpretación evolutiva de la convención¹¹ y la facultad de interpretar tratados diferentes a la CADH¹². Adicionando a las anteriores, la doctrina del MAN, tal como se abordará en el acápite pertinente.

De antemano, ha de tenerse presente que los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección, poseen entre sí semejanzas propias de la naturaleza de sus tribunales, así: la defensa de los Derechos Humanos como bandera, el fundamento de sus competencias de orden convencional, la función contenciosa y la función consultiva (Camarillo Govea, 2016, pp. 69-73), no obstante, las separan a la vez diversas cuestiones de tipo orgánico, de contexto y dialéctica en la función judicial.

Teniendo en cuenta estas diferencias, ha de entenderse que las herramientas receptadas son susceptibles de transformación (Miller, 2003; Bonilla Maldonado, 2009, p. 168-205), de tal manera que, el propio Margen de Apreciación, será objeto de hibridación necesariamente, al incorporarse para su puesta en marcha en el nuevo ordenamiento de recepción. De allí que, a lo mejor, la doctrina del margen de apreciación nacional palpite en nuestro sistema, pero no como se espera a imagen y semejanza de aquella avistada en las esferas de su homólogo tribunal del continente europeo, sino con sus propios atributos acordes al SIDH, justamente, estos detalles son los que se estudiarán en el acápite del MAN en la Corte IDH.

Así las cosas, para realizar el ejercicio, este trabajo se valdrá de una metodología funcional inspirada en las categorías que retrata Silvero Salgueiro (2005), del *comparatum* y *comparandum*,¹³ para satisfacerla se organizará así:

¹¹ Cfr. CORTE IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, parr. 83; Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, 2005, parr. 106 y 188.; Caso Comunidad indígena Yakye Axa, 2005, parr. 120-125, entre otros.

¹² Cfr. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, "Otros Tratados", 1982, parr. 16; 26 y 46.

¹³ Los pasos que retrata Silvero Salgueiro son: i) Ha de identificarse el problema común concreto. Para la presente investigación será el MAN; ii) el desarrollo en el país u orden de origen, para el particular será el TEDH; iii) El problema común se traslada al orden(es) seleccionado(s), la Corte IDH, para el presente; y iv) el ejercicio de

- a) Del margen de apreciación nacional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- b) Del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

comparación valorativa, que para el presente caso no se desarrollará con el fin de limitar la investigación a sólo los primeros 3 puntos aquí explicados. (cfr.2005, p.410-416)

II. DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El margen de apreciación nacional tiene su origen en el derecho europeo de los derechos humanos¹⁴, propiamente en extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, quien la empleó, por vez primera, en el caso Grecia v. Reino Unido, 1958-59 (Greer, 2000, pp.40-41), amparada bajo el artículo 15 del CEDH, el cual faculta a los Estados parte, de manera excepcional, en caso de guerra o peligro público que amenace la vida de la nación a derogar de manera temporal las obligaciones previstas en el CEDH, en la estricta medida que lo exija la situación (CEDH, art. 15).

Con posterioridad, dicha doctrina también la utilizó el TEDH, además, de la situación de los estados excepcionales que observa el artículo 15 de la CEDH¹⁵, para otras obligaciones contenidas en el convenio y el protocolo I adicional, donde no existe consenso internacional respecto de la interpretación del derecho en particular (Benavides Casals, 2009).

El TEDH, respecto del derecho a la vida contenido en el artículo 3 de la CEDH ha abordado la figura del MAN, respecto de la prohibición de la tortura, lo tratos crueles y degradantes. El Tribunal ha sido enfático en que, en relación con el artículo 3, no se prevé excepción alguna y bajo ninguna circunstancia podrá

¹⁴ Se tiene como antecedentes del margen de apreciación la doctrina sobre derecho administrativo del Consejo de Estado francés al desarrollar "Marge d'appréciation" y el "Ermessensspielraum" o discreción administrativa de la doctrina alemana, aunque se erigen como su antecedente difieren en el uso con el margen de apreciación aplicado por TEDH. (Marochini. 2014, p. 69)

¹⁵ Siguiendo el dictado de la Comisión Europea de Derechos Humanos. El TEDH en el caso Brannigan y McBride Vs. Reino Unido, recuerda que las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación cuando se trata de situaciones de emergencia pública, pues los Estados tienen la responsabilidad sobre la seguridad de su nación, de tal manera que podrá valerse de medidas necesarias para superar la emergencia, incluso suspender algunas obligaciones internacionales.

Sin embargo, esta discreción no es ilimitada, pues solamente podrá valerse de medidas, sin exceder su atribución. De tal manera que el juez internacional no pierde competencia para determinar si hubo profusión en las medidas, de acuerdo a la situación y duración de la emergencia (párr. 43).

ser derogado, ni siquiera hallándose en el marco de la situación excepcional que trata el artículo 15 de la Convención, así se puede observar en el caso *Tyrer vs. Reino Unido* (1978, párr. 28 – 35). En este mismo caso, hizo especial énfasis en que este Tribunal de derechos humanos, en caso de violación a las prescripciones del artículo 3, no puede ser influenciado por estándares internos comúnmente aceptados dentro del mismo Estado pues el objetivo principal del artículo en mención es la protección de la dignidad y la integridad física de la persona (párr. 33).

Respecto del derecho al respeto a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8¹⁶ del CEDH. El TEDH ha señalado que el margen de apreciación del que gozan los Estados en este punto, en principio, es estrecho en lo que respecta a las interferencias en el área íntima del individuo (*Pretty vs. Reino Unido*, 2002, párr. 71). No obstante, este mismo tribunal ha reconocido que en algunos asuntos puntuales, el Estado podrá gozar de un amplio margen, debido a la falta de consenso entre los países de la Comunidad Europea, tal es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo y el registro de cambio de sexo en documentos, dicha situación puede apreciarse en el caso *Rees vs. Reino Unido* (1986).

Los Estados no solo tiene el deber de abstenerse de actuar en virtud del artículo 8 de la CEDH, sino que también, esta disposición encierra una obligación positiva, sometida a margen de apreciación, que tendrá como fin la protección de la vida privada y familiar (*Rees vs. Reino Unido*, párr. 35)¹⁷. Para la adopción de las medidas positivas, el Estado deberá tener en cuenta el equilibrio justo entre el interés general de la sociedad y los intereses de los individuos¹⁸.

Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation. In determining whether or not a positive obligation

¹⁶ Ver, *Sunday times vs. Reino Unido* (1979); *Silver vs. Reino Unido* (1983); *Malone vs. Reino Unido* (1984);

¹⁷ Cfr. *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido* (1985, párr.67)

¹⁸ Cfr. *Caso James y otros Vs. Reino Unido* (1986, párr. 50); *Caso Sporrang y Lönnroth Vs. Suecia* (1982, párr.69).

exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention (Rees vs. Reino Unido, párr. 37)

Así mismo, referente a la libertad de expresión, del artículo 10¹⁹ del CEDH, el TEDH en el caso Handyside vs. Reino Unido (1976), el tribunal hizo especial énfasis en el estudio de los límites del margen de apreciación que detentan los Estados²⁰, afirmando que la existencia de este, se encuentra íntimamente ligado a la supervisión del Tribunal europeo quien en sentencia definitiva valorará si la restricción o sanción concilia con la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 de la CEDH. En últimas, las instituciones creadas por el convenio mismo, son un mecanismo de protección de los derechos humanos de carácter subsidiario, lo que implica que los Estados parte son quienes tienen, en principio, la obligación de asegurar el goce de los derechos y libertades contenidas en el CEDH (párr. 49).

En similar vía, en el caso Sunday Times vs. Reino Unido (1979), que a propósito hace referencia al caso Handyside, el TEDH, determina que las interferencias o restricciones aplicadas por el Estado, en virtud del margen de apreciación que ofrece el artículo 10, deben ser “necesarias” “proporcionadas” y “legítimas”, bajo el marco de una sociedad democrática (párr. 61 – 63).

En cuanto a el derecho a contraer matrimonio, artículo 12 del CEDH, el TEDH en asuntos de matrimonio entre parejas del mismo sexo -aun cuando uno de los individuos se hubiere sometido a cirugía de reasignación del sexo-, en el caso Rees, ya citado, sostuvo que de acuerdo con la disposición del convenio, el goce del derecho al matrimonio se encuentra sujeto a los establecido en las leyes nacionales de los Estados parte, lo cual no significa que tienen la facultad de anularlo, sin embargo, podrán establecer limitaciones (párr. 50).

¹⁹ Ver, Handyside v. Reino Unido (1976); Sunday times v. Reino Unido (1979)

²⁰ En un mismo sentido, Caso Engel y otros Vs. Países Bajos (1976, párr. 100)

En el mismo caso, hizo énfasis sobre la interpretación adecuada de esta disposición “*El hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho*”, arguyendo que el TEDH entiende que para los Estados parte en la CEDH, el matrimonio se celebra entre dos personas que no son del mismo sexo, por tanto, en virtud del artículo 12, no podrá amparar el derecho al matrimonio entre personas que no son de sexo biológico opuesto (Rees vs. Reino Unido, 1986, párr. 26 - 28)²¹

No obstante, esta línea decisonal, el TEDH tenuemente virará en el caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido (1998). En este caso, el tribunal aún no se decide cambiar la posición adoptada en el caso Rees (1986) y el caso Cossey (1990), sin embargo, advierte que la transexualidad es una situación que ha tomado mayor aceptación social, pero que, aun así, las leyes nacionales son las que deben regular el derecho al matrimonio –aparadas en su margen de apreciación-; y en virtud del artículo 12 de la CEDH, los individuos transexuales no podrán exigir al Estado que no lo ha regulado; ni la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo ni la validez de uno celebrado en el extranjero (párr. 69).

Posteriormente, en el caso Goodwin vs. Reino Unido (2002), el Tribunal cambiará su interpretación del artículo 12, de suerte que, a la vez reduce el margen de apreciación de los Estados parte; y le impone el deber de regulación del matrimonio del transexual, debido a que existe, una mayor aceptación social de los transexuales y de su nueva identidad tras la práctica de cirugías de reasignación del sexo, es así, que el TEDH, concluye que el equilibrio justo se inclina a su favor, en los siguientes términos “ finds no justification for barring

²¹ Cfr. Cossey Vs. Reino Unido (1990, párr.32-34), el TEDH no halla distinción fáctica alguna con caso Rees Vs. Reino Unido de 1986, salvo que, en el primero, Cossey tiene una transformación de hombre a mujer mientras que Rees hace el tránsito de hombre a mujer; por tanto, este caso es fallado en la misma vía que el citado caso de 1986.

the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances” (párr. 103)²²

En lo que concierne al Derecho a un recurso efectivo²³, consagrado en el artículo 13 del CEDH, en el caso *Vilvarajah vs. Reino Unido* (1991), el TEDH señaló que, los Estados gozan de margen de apreciación al precisar los recursos internos que satisfagan eficazmente la obligación contenida en la disposición, dicha eficacia no dependerá de la certeza de un resultado favorable para quien lo solicita, sino que, una autoridad competente tenga la oportunidad de pronunciarse respecto del fondo del asunto (párr. 122).

Así mismo, en el caso *Chahal vs. Reino Unido* (1996), el TEDH hizo referencia al amplio margen de apreciación que gozan los Estados parte del convenio respecto de los recursos nacionales que se proporcionen, y arguyó los requisitos con los que dicho recurso debe contar; el recurso debe permitir a una autoridad nacional competente abordar el fondo de la limitación del derecho; y otorgar reparación adecuada, cuando esta procede (párr. 138).

También en materia de margen de apreciación, el TEDH ha hecho referencia a la prohibición de discriminación²⁴, contenida en el artículo 14²⁵ del CEDH. En el caso *Pretty*, ya referenciado, el TEDH sostuvo que los Estados gozan de un margen de apreciación en la implantación de medidas que justifican un tratamiento diferenciado. Sin embargo, cuando una situación amerite la adopción de dichas medidas, el Estado no podrá sin justificación objetiva y razonable abstenerse de ejecutarlas, pues podrá hallarse en el marco de la discriminación (2002, párr. 87).

²² Cfr. *I. vs. Reino Unido* (2002, párr. 77-84)

²³ Cfr. *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido* (1991, párr. 122)

²⁴ Cfr. *Thlimmenos vs. Grecia* (2000, párr. 44)

²⁵ Ver, *Frette vs. Francia* (2002); *Pretty vs. Reino Unido* (2002); *D.H y otros vs. República Checa* (2006); *Evans vs. Reino Unido* (2007)

En el caso Pretty, se abordó la temática de suicidio asistido para personas que no eran capaces de proporcionárselo por sí mismas. El Tribunal valoró, si la condena penal a las personas que prestan asistencia para el suicidio a otras que se encuentran en estado de salud crítico, resulta discriminatoria, pues, en condición de normalidad las personas pueden proporcionárselo a sí mismas, sin que necesariamente requieran ayuda de otra. El TEDH en esta oportunidad consideró, como se aseguró anteriormente, que los Estados parte gozan de margen de apreciación para evaluar en que situaciones similares se justifica un tratamiento diferente, aunque recuerda el tribunal que la omisión de aplicar un trato diferenciado justificado degenerará en discriminación.

En el presente caso, el TEDH no encuentra desproporcionada la condena penal a aquellos quienes favorecen el suicidio de otros quienes se consideran incapaces para hacerlo por ellos mismos, en razón a que esta norma tiene como sustento la protección de la vida (párr. 88 - 89).

En similar sentido, en el caso Frette vs. Francia (2002), en el que se discutía la adopción de niños por parte de personas solteras homosexuales, el TEDH sostuvo que los Estados gozan de margen de apreciación. Sin embargo, su grado virará de acuerdo a las circunstancias, temática, fondo y existencia o inexistencia de leyes comunes entre los Estados parte del convenio (párr. 40). De ningún modo puede considerarse que el margen de apreciación otorga a los Estados poder arbitrario para adoptar cualquier medida, por ello el Tribunal europeo, deberá revisar sus decisiones y confrontarlos a la luz de los requisitos que contempla el artículo 14 del Convenio (párr. 41).

En el caso anteriormente citado, el tribunal consideró que la negatoria de adopción para personas solteras homosexuales no constituía discriminación alguna, pues la prohibición de adopción se hallaba amparada en el fin legítimo de proteger los derechos de los niños elegibles para adopción y que de ningún

modo dicha medida resulta desproporcionada a la luz del artículo 14 de la CEDH (párr. 41-43).

En estos múltiples casos, como se pudo apreciar, el TEDH ha elaborado reglas diferentes y, por tanto, ha reconocido distintos grados de deferencia dependiendo de la temática del caso (Cfr. Marochini, M. 2014. p. 70-71; García, 2000, p. 360). Esta propuesta de recepción de la doctrina del MAN, más o menos estricta, ha fundado críticas por parte de la doctrina, al generar insatisfacción al no enfrentar reglas claras, sino una muy discrecional doctrina del margen de apreciación (Cfr. García Roca, 2007; 2010).

III. EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Esta parte del documento, como se ha mencionado con anterioridad, tiene por intención desentrañar la evolución del margen de apreciación en el Sistema Interamericano, haciendo especial énfasis en la jurisprudencia de la Corte IDH y los casos de la CIDH, con la pretensión de hacerlo lo más exhaustivo posible, para identificar las temáticas y los distintos grados de apreciación aceptados por los órganos del SIDH.

Para cumplir con el anterior propósito, este capítulo se dividirá en un primer título, donde se aborda el origen y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación en el escenario de la SIDH, en el que, en primera medida, se optará por describir brevemente los casos en los que se dio la aparición del margen de apreciación en los casos en los que se destaca la doctrina del margen de apreciación en el marco de la CIDH, desde 1981 hasta el 2018.

En el segundo título de este acápite se muestran los resultados que arrojó del rastreo censitario que se hizo de la jurisprudencia la Corte Interamericana, desde 1988 hasta el 2018, respecto del margen de apreciación y términos que le resultaran afines. Finalmente, se cerrará el título, con unas breves reflexiones.

3.1 EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA EN EL ESCENARIO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La doctrina del Margen de Apreciación Nacional, según lo ha referido Núñez Poblete (2012), ha sido mejor recibida ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, pero, no cuenta con un gran número de pronunciamientos (Núñez Poblete, 2012, Pág. 13).

A continuación, se analizarán algunos de los casos rastreados que versan sobre margen de apreciación, le dan elementos a la doctrina y brindan precisión sobre los estándares que se han construido por vía de la CIDH.

- *Protección de la vida desde la concepción*

Así, por ejemplo, el caso Baby Boy vs. Estados Unidos (1981), es uno de los primeros casos que desentraña la idea de consenso y aunque no se refiere explícitamente al término margen de apreciación, en esencia este se vislumbra.

La controversia surge a raíz que en el Hospital de la ciudad de Boston se le practica un proceso de aborto a una adolescente de 17 años, a petición de la paciente. Los peticionarios consideran que dicha práctica es contraria al derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por el derecho a la vida de la CADH, artículo 4, que señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Tras realizar un minucioso rastreo de las discusiones dadas sobre el proyecto de la CADH, en relación con el derecho a la vida y en el momento en el que inicia su protección, se traen a estudio, tanto la Quinta Reunión de Consulta

Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, la Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos de Rio de Janeiro de 1965 y la Conferencia de San José de 1969 en que se celebra el Pacto de San José de Costa Rica o CADH, para concluir, que a lo largo de estos escenarios se pusieron de presente distintas situaciones que no permitía la conciliación sobre la protección absoluta a la vida desde el momento de la concepción, por ello, se incluyó la expresión “en general”, que a criterio de la CIDH “Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción" (Baby Boy vs. Estados Unidos, 1986, párr. 30), pues permite a los Estados definir bajo su margen de apreciación, las situaciones excepcionales que impiden la protección desde el momento de la concepción.

- ***Colegiatura profesional obligatoria***

En 1988, la CIDH presenta el informe sobre los casos No. 9777 y 9718 contra Argentina, en él se refirió sobre la discrecionalidad que gozan los Estado parte, en cuanto, a la fijación del requisito de la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión abogadil, lo cual transgredía, a consideración de los demandantes el artículo 16 de la CADH, al compeler a los abogados a asociarse.

Para el fondo del asunto, la CIDH introdujo en su pronunciamiento la opinión consultiva No. 5 de 1985, en la que la Corte IDH entendió que “la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general” (Cfr. OC 08/85, párr. 64) y que, no toda ley de colegiación es de por sí violatoria de la CADH (Caso Bomchil y Meliton Ferrari vs. Argentina, 1988, párr. 13).

Si bien, en el caso en comento, la CIDH no hace alusión al término margen de apreciación, si se refiere en esencia a este, pues la CIDH hace la reflexión inspirada en la opinión consultiva traída de presente, en el anterior párrafo, en el sentido que los Estados pueden establecer leyes que limiten el ejercicio de las profesiones pero que estas deben hallarse justificadas en nociones de bien común en una sociedad democrática (Caso Bomchil y Meliton Ferrari vs. Argentina, 1988, párr. 14), dejando de presente que tal potestad no es absoluta sino que se haya sometida a ciertas restricciones, con el propósito de protección de los derechos consagrados en la CADH.

- ***Derechos políticos***

Más tarde, en el caso Efraín Ríos Montt (1993) se refiere a la negatoria de inscripción de candidatura del Señor Ríos Montt a la presidencia de Guatemala, ya que la Constitución de 1986 prohibía la participación de caudillos o jefes involucrados en el golpe de Estado y tanto la Corte Constitucional como la Suprema Corte de Justicia valoraron como no elegible al Señor Ríos Montt.

En informe de admisibilidad la CIDH hace mención expresamente al margen de apreciación nacional en los siguientes términos:

(...) considera 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 (Caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala, 1993, Párr. 24)

Más adelante agrega, con miras a limitar al contexto histórico, la doctrina del Margen de Apreciación y los fines que este debe perseguir.

(...) 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. (Caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala, 1993, Párr. 31)

La CIDH, en el mismo caso, reflexiona sobre la condición de inelegibilidad y halla que no solo le es propia a la idiosincrasia guatemalteca, encuentra referentes en Honduras y Nicaragua, el Salvador y Costa Rica, y trae a colación el Tratado General de Paz y Amistad, celebrado entre estos países centroamericanos, incluyendo Guatemala, en donde se comprometen para asegurar que ninguna de sus repúblicas fuera sometida a un jefe, autoridad o familiar de los responsables del golpe de Estado. Así mismo, pactan el principio de no reelección (Caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala, 1993, Párr. 26-27). La CIDH, trae las anteriores reflexiones como una suerte de prueba de consenso en el que existe justificación para las restricciones presentes en el Estado de Guatemala, por tanto, se abstiene de conocer de la denuncia elevada al sistema, al no constituir una violación a los derechos de la Convención.

Así mismo, en el 2003, en el caso *Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*, la CIDH hizo una reflexión equivalente a la del caso anteriormente citado, reconociendo:

(...) el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno. La Comisión sólo debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y la eficacia misma del derecho de las personas a participar en su gobierno. (*Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*, 2003, Párr. 101)

No obstante, en esta oportunidad, sí hallo injustificada la limitación a los derechos a los ciudadanos del Estado de Columbia, y reflexionó sobre los límites del margen de apreciación nacional, precisando que las decisiones del Estado encaminada a limitar o restringir los derechos políticos debe ser “justificada por el Estado como razonable, objetiva y proporcionada, teniendo debidamente en cuenta el contexto de su sistema político” (*Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*, 2003, Párr. 110) y que las

restricciones o limitaciones al derecho a la participación en el gobierno deben estar justificadas por su necesidad en el contexto de la sociedad democrática, delimitadas por los medios, motivos, razonabilidad y proporcionalidad (Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos, 2003, párr. 90).

- ***Derecho a la intimidad y prohibición de discriminación***

En 1999, la CIDH se halló cerca del margen de apreciación nacional en el Caso Álvarez Giraldo vs. Colombia, el Estado colombiano arguyó que “la prohibición atiende a razones arraigadas en la cultura latinoamericana la cual, sostiene, sería poco tolerante respecto de las prácticas homosexuales” (Párr. 12) por tanto, no podía conceder las visitas íntimas en la cárcel donde se hallaba recluida la Señora Marta Lucia Álvarez Giraldo.

En Informe de Fondo No. 122/18, el Estado Colombiano, acepta que ha incurrido en discriminación a las mujeres privadas de la libertad al prohibirles las visitas íntimas a sus parejas del mismo sexo, y adopta una serie de medidas y recomendaciones solicitadas por la CIDH, pues reconoce que dicha restricción es de 1994 y a la fecha esas prácticas discriminatorias han tendido a eliminarse por vía de las distintas autoridades, dando un giro a lo que originalmente consideraba su margen de apreciación nacional.

- ***Declaratorias de estado de emergencia***

En el año 2000, la CIDH conoció del caso Walter Humberto Vásquez Vejarano, un hombre que se desempeñaba como vocal de la Corte suprema de Justicia del Perú, el cargo ocupado había sido ganado mediante concurso de méritos y fue revocado mediante decreto ley dictado por el presidente del entonces, Alberto Fujimori. En el presente caso la CIDH, se pronuncia sobre el estado de emergencia que alegado por Perú y que justificó la reorganización del poder

judicial, entre otros órganos y lo analiza la luz de la noción del margen de apreciación y del SIDH. La CIDH advierte que

Aunque en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el "margen de apreciación" para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado. (Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano, 2000, párr. 55)

Los límites se hallan en el mismo artículo 27 de la CADH y son recogidos por la opinión consultiva No. 8 de 1987, en el que la Corte IDH se pronunció sobre el Habeas Corpus bajo suspensión de garantías en el marco de estados de excepción o de sitio. Los requisitos, dados en la opinión consultiva, que soportan una declaratoria de emergencia son: necesidad, temporalidad, proporcionalidad, no discriminación, compatibilidad con otras obligaciones internacionales, notificación del estado de emergencia a los demás Estado partes de la CADH, a través del Secretario General de la OEA (Walter Humberto Vásquez Vejarano, 2000, párr. 34-39). Además de estas, existen derechos y garantías que no pueden suspenderse (CADH, Artículo 27.2) y se hace énfasis en los controles del estado de emergencia a nivel interno de orden jurisdiccional y el control internacional. Respecto de este último la CIDH enfatiza en que

En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, la circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración. (Walter Humberto Vásquez Vejarano, 2000, párr. 55)

Asimismo, la CIDH destaca que otros órganos de la OEA efectúan un control de carácter internacional, tal es el caso del Consejo Permanente de OEA (Walter Humberto Vásquez Vejarano, 2000, párr. 55)

En el caso en mención, la CIDH no se inclina por una margen de apreciación amplio en relación con los estados de emergencia, sino más bien restringido tanto en su declaratoria como en las acciones subsiguientes y los controles a las que estas deben estar sometidas tanto en el derecho doméstico como en el internacional.

- ***Derecho a la nacionalidad***

En 2001, en el caso Álvaro José Robelo González., la CIDH ha encontrado que no existe limitación arbitraria alguna al derecho de la nacionalidad del artículo 20 de la CADH, pues la pérdida de la nacionalidad de origen del Señor Robelo se dio conforme a la legislación vigente en ese momento, y con ocasión a que el denunciante adquiriera la nacionalidad italiana (Caso Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua, 2001, Párr. 61-69). Por tanto, la CIDH se abstuvo de admitir el caso y recalcó que “cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad” (Caso Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua, 2001, Párr. 49), manifestando así, en esta materia, la existencia de un amplio Margen de Apreciación.

- ***Inmigrantes ilegales***

En 2001, mediante Informe No. 51/01, la CIDH conoce del caso de 335 cubanos quienes ingresaron de manera irregular al territorio de los Estados Unidos y con posterioridad, fueron detenidos, en algunos casos se prorrogó la detención hasta por 19 años, por decisión discrecional del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos.

Al respecto, el Estado afirma poseer autoridad absoluta para detener y retirar a los extranjeros en su territorio que han ingresado de manera ilegal (Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos, 2001, Párr. 130-138), sustentado en que, “no existen pruebas suficientes de una norma del derecho

internacional consuetudinario que limite la detención de los extranjeros excluibles, sino que la práctica de los Estados reconoce la absoluta soberanía del Estado” (Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos, 2001, Párr. 138) soportando esta afirmación en el caso North Sea Continental Shelf (FGR vs. Dinamarca, Países Bajos) de 1969 ante la Corte Internacional de Justicia, entre otros de similar naturaleza. Así mismo, niega que limitación alguna sea impuesta a la política migratoria por disposición de la Declaración Americana.

La CIDH, no obstante, el alegado absoluto grado de discrecionalidad en la materia, la Comisión halla que, si existe límites y estos se relaciona con la protección de los derechos humanos. Le recuerda al Estado, la aplicación de principio del derecho internacional que consagra que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su legislación interna como fundamento de su incumplimiento en un tratado (Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos, 2001, Párr. 182) y agrega que

la Comisión acepta que los Estados históricamente han dispuesto de una discreción considerable en el derecho internacional para controlar el ingreso de extranjeros a su territorio. Pero esto no significa que la discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. (Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos, 2001, Párr. 177)

Así mismo, la CIDH llega a la conclusión que el tiempo de duración de la privación de libertad de los peticionarios ha sido injustificada, carente de razonabilidad y proporcionalidad, al no consagrar garantías de revisión de las detenciones de manera periódica (Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos, 2001, Párr. 230).

En este caso, el margen de apreciación si bien hace presencia, la CIDH ha limitado su carácter absoluto y lo ha rectificado, con el propósito de garantizar

los derechos de las personas en el territorio de un Estado parte de la Declaración Americana.

En 2016, en el caso Trabajadores Indocumentados, la CIDH tuvo oportunidad de conocer la petición de dos migrantes mexicanos en los Estados Unidos a los que se les había negado la indemnización accidente de trabajo, debido que a la época del accidente no contaban con condición de legalidad en el país.

El Estado en la misma vía, que en el caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros (2001), sustenta su defensa en

que tiene el derecho soberano de negar el permiso de trabajo a aquellos que estén “presentes ilegalmente” en el país o a aquellos que no hayan obtenido autorización para trabajar. Por consiguiente, el Estado señala que las leyes federales y estatales reconocen la dificultad para pagar retroactivamente un trabajo que no fue hecho cuando no podría haber sido hecho legalmente. (Caso Trabajadores Indocumentados vs. Estados Unidos, 2016, Párr. 3 y 36)

Nuevamente Estados Unidos, alega un ilimitado margen de apreciación. No obstante, la CIDH, en el caso particular, señala que la negación de indemnización por los accidentes laborales ocurridos a trabajadores ilegales constituye una medida discriminatoria y vulneratoria de la igualdad ante la ley, debido a que se ha entablado una relación laboral independientemente de la condición de indocumentado (Párr. 72-73). Así sostuvo que

la Comisión considera procedente señalar al comienzo que ni el Estado ni los particulares en un Estado están obligados a ofrecer empleo a trabajadores indocumentados. En otras palabras, el Estado y los particulares, como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación laboral con migrantes en situación irregular. Sin embargo, cuando se entabla una relación laboral, la Comisión considera que las protecciones conferidas por ley a los trabajadores, con la gama completa de derechos y obligaciones abarcados, deben aplicarse a todos los trabajadores sin discriminación, sean documentados o indocumentados (Caso Trabajadores Indocumentados vs. Estados Unidos, 2016, Párr. 76)

De tal forma, que la CIDH reafirma el margen de apreciación que gozan los Estados sobre su política migracional, empero, tras la consolidación de una relación laboral, no podían desconocerse los derechos laborales y de seguridad social, adquiridos por dicho vínculo.

- ***Derechos Reproductivos***

En 2004, en el Caso Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, la CIDH optó por una postura restrictiva del margen de apreciación y tras el informe de fondo del caso lo envió para conocimiento de la Corte IDH y a posterioridad se conocería como el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica de 2012, que se hizo mención con anterioridad y al que se le brindará mayor atención en el acápite posterior en el que se estudian los casos de la Corte IDH.

- ***Servicio Militar Obligatorio***

En 2005, mediante informe de admisibilidad No. 43 de 2005, caso contra Chile, la CIDH se refirió al cumplimiento del servicio militar obligatorio en relación con la objeción de conciencia. Los peticionarios alegaron ante la Comisión que el Estado chileno había violado su derecho a la libertad de conciencia, religión y vida privada, al no permitirles usar la objeción de conciencia para excusarse del servicio militar.

Para determinar la violación a la libertad de conciencia por parte Estado, la CIDH acotó que, en la experiencia interamericana, ni la Corte IDH ni la CIDH habían conocido caso alguno de objeción de conciencia, por tanto, no existía criterio a seguir. Además, hizo énfasis en que tal derecho no se hallaba consagrado con la CADH.

La Convención Americana no crea y ni siquiera menciona expresamente el derecho de “objeción de conciencia”, el alegado derecho a no ser obligado a

cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley. El término “objetores de conciencia” sólo aparece una vez en la Convención Americana. En el artículo 12, que establece el derecho a la libertad de conciencia y religión, no se hace mención explícita al término “objeción de conciencia”, sino que se hace referencia al mismo en el artículo que define el trabajo forzado u obligatorio. El artículo 6 de la Convención Americana define el derecho a ser libre de la esclavitud o de la servidumbre involuntaria, y el artículo 6(3)(b), siguiendo el Convenio N° 29 de la OIT sobre la misma materia, expresamente excluye de la definición de trabajo forzado o compulsivo el “servicio militar y, en los países que reconocen a los objetores de conciencia, el servicio nacional que la ley prevea en lugar del servicio militar.” (Caso Cristián Daniel Sahli y otros vs. Chile, 2005, Párr. 37)

Por tal razón, la CIDH encuentra necesario remitirse a las experiencias sobre el derecho a la condición de objetor de conciencia en los sistemas de las Naciones Unidas y europeo de protección de derechos humanos. En resumidas halló, por un lado, que la objeción de conciencia solo era aplicable en la medida en que el derecho interno lo consagrara, a través de una ley o la práctica; y por otro, que, el TEDH no hallaba en los casos estudiados vulneración al derecho contenido en el artículo 9 de la CEDH, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con el servicio militar obligatorio, y que por el contrario, el TEDH exceptuaba como un trabajo forzado o compulsivo tal servicio y eximía a los Estados de la obligación de reconocer la objeción de conciencia por considerarlo compatible con el CEDH(Cristián Daniel Sahli y otros vs. Chile, 2005, Párr. 64).. No obstante, también se advirtió que, si según su derecho nacional esta procede deberá ofrecer una alternativa diferente al servicio militar obligatorio (Cristián Daniel Sahli y otros vs. Chile, 2005, Párr. 63.).

Por tanto, basada en la revisión jurisprudencial sobre el particular, en este caso la CIDH, no halló fundamento de la violación del derecho a la libertad de

conciencia consagrada en el artículo 12, ni el artículo 11, derecho a la intimidad, consagrados en la CADH, en perjuicio de los peticionarios y agregó que:

La Comisión opina que el servicio militar obligatorio no está prohibido por la Convención y que el artículo 6(3)(b) prevé específicamente el servicio militar en los países que no reconocen a los objetores de conciencia. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado chileno no violó el artículo 11 en perjuicio de los peticionarios en este caso (Cristián Daniel Sahli y otros vs. Chile, 2005, Párr. 105.).

En esta medida el establecimiento del servicio militar obligatorio, como el derecho a la objeción de conciencia queda a discrecionalidad de los Estados, con el apercibimiento de que una vez consagrado este último al interior del ordenamiento jurídico, el Estado no podrá desconocer tal derecho.

- ***Juicios políticos y libertad de expresión***

En 2015, en el informe de fondo No. 43/15, la CIDH se pronuncia sobre el caso de Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin contra Argentina. La queja se funda, en que las peticionarias quienes fungían como juezas fueron destituidas de sus respectivos cargos por un Jurado de Enjuiciamiento que no cumplía con los requisitos de imparcialidad e independencia, debido a que la naturaleza del juicio llevado por este Jurado resultaba de naturaleza política y no penal “siendo el criterio para el juzgamiento, el basado en la discrecionalidad política, según la cual se analiza la conveniencia de la continuidad o no de un Magistrado”(Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina, 2015, Párr. 152)

Además, señalan las peticionarias, que en la sanción de la jueza Careaga como Maluf se debe a que estas expresaron públicamente su opinión sobre la grave crisis institucional de la Provincia de San Luis al adherirse a un

comunicado emitido por el Colegio de Abogados y Procuradores de Villa Mercedes (Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina, 2015, Párr. 2).

Así la cosas, la CIDH se refirió principalmente a dos aspectos, por un lado, si la decisión de inhabilidad tomada por el Jurado de Enjuiciamiento constituía violación a los derechos de las peticionas; y por otro, el derecho de libre expresión y pensamiento de las funcionarias judiciales.

Frente a la primera situación, la CIDH sostiene que los estándares internacionales son claros en cuanto a que

la función jurisdiccional debe llevarse a cabo libre de presiones externas y, por lo tanto, no puede ser objeto de un control político, basado en el criterio de discrecionalidad política, sino jurídico o sancionatorio en caso de comisión de faltas disciplinarias graves o incompetencia. (Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina, 2015, Párr. 198)

Por tanto, la CIDH rechaza que pueda existir los controles políticos basados en una discrecionalidad política, lo cual no impide que los Estados impongan sanciones por faltas disciplinarias a los funcionarios del poder judicial, sino que estas han de soportarse en mandatos legales, evitando la ruptura de la independencia de la judicatura²⁶, de suerte que, se restringe el margen de apreciación de los Estados en este tópico.

Respecto de las sanciones por las expresiones de opinión de las juezas sobre la crisis institucional de su provincia y su relación con la violación al derecho de libre expresión y pensamiento de las juezas, la CIDH, recordó los distintos

²⁶ La CIDH llega a tal conclusión tras analizar los estándares fijados por la Corte IDH en los casos: Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 73; Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párrs. 55 y 56. Citando. Eur. Court HR. Pullar v. the United Kingdom, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 30, y Fey v. Austria, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28. Citando Eur. Court HR. Daktaras v. Lithuania, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), entre otros.

fallos de la Corte IDH en la materia, aludiendo al caso Claude Reyes y otros (2006, Párr. 85), Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004, Párr. 116) y Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay (2004, Párr. 86), entre otros.

Estos casos le permitieron concluir el reducido margen que gozan los estados cuando se halla frente a la libertad de expresión

En efecto, el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos de interés público es condición indispensable para el adecuado funcionamiento de los regímenes democráticos. Por esta razón, las expresiones atinentes a asuntos de interés público gozan de mayor protección bajo la Convención Americana. Lo anterior implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión. Dada la importancia del control de la gestión pública a través de la libre expresión, cualquier restricción del debate político o de cuestiones de interés público presenta un muy reducido margen de actuación y deben ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática (Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina, 2015, Párr. 221)

Así mismo, señaló que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y es susceptible de límites cuando se trata de servidores públicos, estas limitaciones se encuentran sustentadas por la jurisprudencia interamericana²⁷ y precisa los siguientes requisitos i. que la limitación sea definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y materia; ii. Que la limitación sea orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; iii. Que la limitación sea necesaria a una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idóneas para lograr el objetivo que pretende lograr y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. (Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina, 2015, Párr. 236)

²⁷ Ver párrafo 225.

- **Detenciones Arbitrarias**

En 2016, la CIDH se manifiesta expresamente sobre la doctrina del margen de apreciación, al conocer el caso del Señor Suresh, un refugiado en Canadá, proveniente de Sri Lanka, quien en 1991 solicita la residencia permanente, posteriormente en 1995 es detenido por haber sido un miembro ejecutivo de *Liberation Tamil Tigers Eelam (LTTE)*, acusado de cometer actos terroristas en Sri Lanka. Además, se le niega la solicitud de residente permanente y se inician los trámites de deportación por considerarlo un peligro a la sociedad canadiense.

Al respecto, la CIDH halla responsable al Estado de Canadá por las violaciones a un juicio imparcial, protección contra el arresto arbitrario al negarle medios rápidos y adecuados para impugnar la legalidad de la detención, incluido el derecho de habeas corpus y la igualdad ante la ley (Caso Manickavasagam Suresh vs. Canadá, 2016, Párr. 5)

La CIDH, refiriéndose al Derecho a la protección contra la detención arbitraria, contemplada en el artículo XXV de la Declaración Americana y derecho a un juicio imparcial del artículo XVIII, redujo el margen de apreciación que gozan los Estados en cuanto a la privación de la libertad, al acotar que:

la Comisión ha sostenido, entre otras cosas, que los fundamentos y procedimientos conforme a los cuales se puede privar de la libertad a no ciudadanos deben definir con suficiente detalle el fundamento de esa acción, que las autoridades deben disponer de un margen muy reducido y limitado de discrecionalidad y que debe garantizarse el acceso a la revisión de la detención, como mínimo a intervalos razonables. (Caso Manickavasagam Suresh vs. Canadá, 2016, Párr. 72)

- **Pena de Muerte**

En 2017, La CIDH se refirió a un tema álgido en materia de Derechos Humanos esto es, la pena de muerte, en dicho informe queda planteado que la pena de Muerte *per se* no es violatoria de la Declaración Americana²⁸. Por tanto, el análisis de la CIDH no consiste en determinar si la pena de muerte en si misma viola la Declaración Americana, sino que “se relaciona con el estándar de apreciación de las alegadas violaciones de derechos humanos en el marco de un proceso que culmina con pena de muerte” (Caso Víctor Saldaño vs. Estados Unidos, 2017, Párr. 173).

La CIDH advierte que si bien no desconoce la potestad de los Estados que han consagrado la pena de muerte en su ordenamiento, a través de recomendación ordena a los Estado Unidos

Revisar sus normas, procedimientos y prácticas para asegurar que las personas acusadas de delitos perseguidos con la pena de muerte sean juzgado y, de ser encontrarse responsabilidad penal, sentenciados de conformidad con los derechos establecidos en la Declaración Americana, incluyendo los artículos I, II, XVIII, XV y XXVI de dicho instrumento [...] también recomienda que Estados Unidos adopte una moratoria en la ejecuciones de las personas condenadas a muerte (Caso Víctor Saldaño vs. Estados Unidos, 2017, Párr. 270, numerales 2 y 4).

De tal forma, que se impone limitaciones a la pena de muerte, en cuando a la rigurosidad que han de seguir los procesos penales al precisar sobre la responsabilidad del acusado y el mantenimiento de los condenados en los llamados pasillos de la muerte con esperas hasta de 20 años, como el caso en particular, incurriendo en tratos crueles e inhumanos, constituyéndose así una forma de tortura (Caso Víctor Saldaño vs. Estados Unidos, 2017, Párr. 251).

3.2 EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL ESCENARIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

²⁸ Cfr. Caso Peter Cash Vs. Commonwealth de las Bahamas. Informe de Fondo No. 12/14. Caso 12.231. 2 de abril de 2014. Caso Edgar Tamayo Arias. Informe de Fondo No. 44/14. Caso 12.873. 17 de julio de 2014.

Con anterioridad, se hizo mención a los casos que en la Corte IDH referencian el Margen de Apreciación de manera explícita. A continuación, se hará una relación a profundidad de cada uno del caso que han usado el término “margen de apreciación”, así como otros, que, pese a no usar el término detallado, se valen de la doctrina del margen de apreciación en esencia.

Esta parte se funda, en el rastreo jurisprudencial en el que se usó un método censitario de búsqueda, expectante de hallar sinonimia con la doctrina del margen de apreciación, a las sentencias seleccionadas se les realizó un análisis escrupuloso, respecto de la existencia de normativa común, la naturaleza del derecho y la obligación susceptible de discreción, las circunstancias particulares del caso, las previsiones expresas de la CADH y el grado del margen de apreciación definido en el caso.

Los casos hallados han sido organizados de acuerdo a la prescripción normativa de la cual deriva el margen de apreciación referenciado en la sentencia estudiada. El número de sentencias que se hallaron coincidencias con la doctrina de la discrecionalidad fueron veinticinco (23) en total.

- ***El margen de apreciación en relación con el Artículo 4 de la CADH***

El derecho a la vida, encuentra la aplicación del margen de apreciación en el caso DaCosta Dogon vs. Barbados, relacionado con pena de muerte. El caso se refiere a la condena de pena de muerte ordenada a el Señor Tyrone DaCosta Cadogan por parte de la Corte Suprema de Barbados, contra la cual, por falta de debido proceso, el condenado no pudo cuestionar.

Lo primero que ha de advertirse, es que de por si la fijación de la pena de muerte, ya hace parte de la discrecionalidad de los Estados, pues la CADH, no prohíbe la pena de muerte, sino que la condiciona a la preexistencia normativa

y a una serie de restricciones contenidas en el mismo artículo 4 de la Convención (Cfr. OC. 03/83 de 1983).

Barbados, en efecto logró comprobar la existencia protoconvencional de una norma que consagra la pena de muerte, por tanto, se hallaba, a primera vista, facultado para la aplicación de condenas de muerte en su territorio. No obstante, la Corte IDH manifestó, que además de las restricciones que se hallaban en el texto convencional sobre este tipo de condenas, según las jurisprudencias, estas restricciones deben interpretarse a la luz del principio *pro persona*, pues “dichas disposiciones imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance de la pena de muerte, de muerte que se vaya reduciendo hasta la supresión final” (DaCosta Dogon vs. Barbados, 2009, párr. 49).

En suma, el margen de apreciación que gozan los Estados respecto del margen de apreciación se categoriza como nulo, respecto de los Estados que no la consagraron previo a ratificar la CADH y muy restrictiva, respecto de aquellos Estados que aun la conservan y han ratificado la CADH.

Adicionalmente, el margen de apreciación también se empleó en el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica (2012), en el que se han violado a consideración de la CIDH los derechos contemplados en el artículo 11.2²⁹, el 17.2³⁰ y el 24³¹ de la CADH, por petición de los representantes víctimas se incluye también el derecho contemplado en el

²⁹ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (Artículo 11.2, CADH)

³⁰ Artículo 17. Protección a la Familia.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. (Artículo 17.2, CADH)

³¹ Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (Artículo 24, CADH)

artículo 4.1, en el que se señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Artículo 4.1, CADH), entre otros derechos.

Los hechos del presente caso, se refieren a violaciones a los derechos humanos de dieciocho personas por consecuencia de la prohibición del practicar el procedimiento de fecundación in vitro, tras una decisión emitida por la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

El término margen de apreciación se emplea de manera expresa en esta sentencia, por un lado, traída a colación por parte de los Representantes de las víctimas, al presentar sus alegatos sobre la violación al derecho a la vida, particularmente a la disposición del artículo 4.1., ya referido.

el artículo 4.1 [de la Convención Americana no] contempla [...] dentro de su contenido o ratio legis al embrión” y que los tratados internacionales de derechos humanos no contienen “una referencia expresa de la cual se pueda deducir que un embrión o un preembrión son vida humana, menos que sea persona humana o ser humano”. Además, sería insostenible la "posición del margen de apreciación" porque haría depender el contenido sustantivo de los derechos humanos de la interpretación estatal”. El representante May alegó que “[n]ingún texto internacional (salvo el artículo 4.1 [de la Convención] protege el derecho a la vida a partir del momento o proceso de la concepción o implantación”, mientras que los “demás instrumentos internacionales se (sic) 54 refieren únicamente a un derecho que protege la vida del ser que ha nacido vivo y no al no nacido”. (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 166)

Así mismo, el Estado a lo largo de sus alegatos, también hizo referencia al término margen de apreciación y alegó que el “consenso moral debía ser claro y evidente” (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 170), así mismo citó jurisprudencia de la Corte IDH en la que existen precedentes de discrecionalidad a favor de los Estados para regular determinadas materias. Basó justamente si defensa en que no existía consenso sobre el status jurídico del embrión, así como tampoco se encontraba consenso sobre el inicio de la

vida humana, por tanto, no solo el Estado goza discreción sobre esta materia sino sobre la regulación técnica de la misma. A criterio del Estado, se halla justificada la decisión de la Sala Constitucional, pues esta, no encontró al momento de dictar su sentencia seguridad sobre el procedimiento de fertilización in vitro al hallar frecuentes pérdidas de los embriones implantados.

Por otro lado, la misma Corte IDH en particular sentencia hizo referencia a distintos casos del sistema europeo de protección de los derechos humanos, todos ellos donde se discute la doctrina del margen de apreciación relacionado con el derecho a la vida observado en el artículo 2 del CEDH, donde se observa el manejo que se ha dado al no nacido en la jurisprudencia comparada³² (Cfr. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 236-242).

Basada en la interpretación sistemática que desplegó este Tribunal, se concluyó que

el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 244)

No obstante, la conclusión citada no le fue suficiente la interpretación sistemática y optó por la interpretación evolutiva, en la que resaltó que la CADH y, en general, los tratados derechos humanos son instrumentos vivos y su interpretación debe realizarse a la luz de las condiciones de vida actuales, soportando tal argumento en el artículo 29 de la CADH y en la Convención de

³² El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012), hizo mención de casos del Sistema Europeo, tales como: Paton vs. Reino Unido (1980); Caso Vo. vs. Francia (2004); caso A, B y C vs. Irlanda (2010); caso Evans Vs. Reino Unido (2007); Casos S.H. Vs. Austria (2010); Costa y Pavan Vs. Italia (2010).

Viena sobre el Derecho de los Tratados. Bajo esta perspectiva la Corte IDH procedió a analizar el desarrollo en el derecho internacional y comparado respecto del status legal del embrión y las regulaciones y prácticas de derecho comparado en relación con la Fertilización in vitro.

Tras este análisis la Corte procedió a referirse a la interpretación más favorable, en la que concluyó que “el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 257). Finalmente, el Tribunal interamericano procede a reflexionar sobre los diversos métodos de interpretación empleados y señala que

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. (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, Párr. 264)

Si bien la Corte reconoce la existencia de un grado de deferencia por parte de los Estados, con la anterior reflexión la reduce y condiciona, dejando a los Estados parte un estrecho margen en el marco de excepciones a la regla. Para el caso en particular, Corte no halla responsabilidad del Estado respecto de la violación del derecho contemplado en el artículo 4.1 de la CADH.

Sin embargo, tras esta declaratoria llega a la conclusión tras la aplicación de la ponderación que las medidas implementadas por parte Costa Rica resultaron severas y el impacto en la finalidad pretendida, que a los ojos del

tribunal era la protección absoluta del embrión, no se cumplía pues la prohibición de la práctica de fertilización in vitro, tan solo protegía levemente al embrión, por tanto la Corte IDH halla responsable al Estado por violación de los demás derecho invocados, artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

- ***El margen de apreciación en relación con el Art. 7 de la CADH***

Se destaca el caso Chaparro y Lapo vs. Ecuador (2007), relacionado con las restricciones de libertad, los hechos versan sobre la detención ilegal e incomunicación de Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Lapo Iñiguez, así como el allanamiento a su empresa por sospechas de narcotráfico, entre los derechos que se violaron con tal actuación se encuentran la integridad persona, las garantías judiciales y procesales, la libertad personal, la propiedad privada y la protección judicial. No obstante, este acápite solo se referirá a la libertad personal, al encontrarse allí fundamentos que permiten la aplicación de la doctrina del margen de apreciación.

La Corte al referirse al derecho a la libertad personal, señaló que:

En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción (Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, 2007, párr. 53).

De tal forma, que las restricciones que consagra la CADH son excepcionales pero consentidas por el mismo instrumento, el caso se refiere a la discrecionalidad de la que gozan los jueces a la hora de dictar una orden de prisión preventiva, en la que señala la Corte IDH debe observarse los principios de legalidad y proporcionalidad de la decisión. Así, que la misma Convención establece la discrecionalidad a la hora de restringir el derecho a la libertad personal, pero de manera leve, sometido a estrictos controles de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la medida a adoptar (Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, 2007, párr. 89-94)³³.

- ***El Margen de apreciación en relación con el Art. 8 de la CADH***

Uno de las primeras sentencias y en el que el término margen de apreciación aparece de manera explícita, es en Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), se refiere a la responsabilidad internacional del Estado costarricense por la imposición de una condena de difamación en perjuicio del Señor Mauricio Herrera Ulloa y debido a la falta de un recurso adecuado y efectivo no pudo cuestionar dicha medida (Párr. 3).

Entre las circunstancias particulares del caso se halla que

en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades. La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico "La Nación", y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohrmoser, respectivamente (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, párr. 72).

³³ La Corte IDH, ya había enfatizado en estos criterios en los casos Gargaham Panday vs. Suriname (1994, párr. 47); Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay (2004, párr. 228), entre otros.

La violación que se discute versa sobre el artículo 8, numeral 2, literal h, respecto de garantías judiciales y especialmente el derecho a recurrir lo fallos. Al resolver la controversia la Corte IDH realiza la siguiente reflexión, en la que se refiere al margen de apreciación y establece condicionamientos al ejercicio de la potestad discrecional en los siguientes términos:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, párr. 161).

De tal manera que, si bien la Corte IDH hace un reconocimiento del margen de apreciación a favor de los Estados, este se halla condicionado o restringido, en la medida en que las autoridades estatales no podrán, en principio, impedir la interposición del recurso contra las decisiones judiciales, imponiéndole una atadura a su deferencia hacia la disposición de la CADH, hallándose así, en un escenario donde es restringido o nulo el margen de apreciación.

Por otro lado, respecto de los recursos, que debe proveer el Estado, este si goza de un moderado margen de apreciación, en la medida en que solo se encuentra condicionado a la eficacia del recurso, así las cosas, las estrategias o medidas a implementar por el derecho interno tiene un amplio abanico de posibilidades a la hora de fijar el recurso efectivo.

- ***El margen de apreciación en relación con el Art. 13 de la CADH***

Se refiere el caso Perozo y otros vs. Venezuela (2009), en el que se discute la responsabilidad del Estado por acciones y omisiones por actos de

hostigamiento y agresiones físicas y verbales, obstaculización a labores periodísticas cometidas por agentes estatales y particulares, en perjuicio de cuarenta y cuatro (44) personas vinculadas al canal de televisión Globovisión, al respecto el Estado tampoco, adopto medidas para prevenir actos de hostigamiento, ni investigó y sancionó a los responsables. Los derechos que se estiman violados con tal conducta son el derecho a la integridad física, las garantías judiciales, la libertad de pensamiento y expresión, derecho a la propiedad, igualdad ante la ley y la protección judicial.

El derecho que en el presente caso encuentra relación con el margen de apreciación es, especialmente, la libertad de pensamiento y de expresión. Según el informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela 2003 y 2004, Venezuela atravesaba un periodo de conflicto institucional y político que causó una extrema polarización de la sociedad tras el Golpe de Estado en 2002 y la posterior retoma del orden constitucional.

Globovisión era un opositor del presidente de la época, pero, el Estado argumento que este no había limitado el derecho del personal del canal Globovisión, sino que fueron los particulares en razón a la segregación social que había ocasionado el mismo canal.

Frente a lo anterior, la Corte señaló que ha de tenerse en cuenta que el mismo artículo 13 de la CADH contempla los fundamentos a las restricciones legítimas del derecho en el numeral 2, por un lado, que deben estar expresamente fijadas por la ley y, por otro, que deben ser necesarias para asegurar respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo, contempla que

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros

medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (CADH, Artículo 13.3)

Además, precisó la Corte que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a restricciones, pero en todo caso el Estado debe abstenerse de poner el riesgo o mayor vulnerabilidad a quien lo ejerza, las restricciones al derecho deben ser necesarias y razonables (Perozo y otros vs. Venezuela, 2009, párr. 117 y 118)

A fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, las restricciones en esta materia deben hallarse previamente establecidas en leyes subordinadas al interés general, y aplicarse con el propósito para el cual han sido establecidas³⁴. Con respecto a las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales, que implican una posible restricción al ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, debe demostrarse que su aplicación es legal, persigue un objetivo legítimo y es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que se pretende en una sociedad democrática. Los requisitos de acreditación deben ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente³⁵. Corresponde al Estado demostrar que ha cumplido con los anteriores requisitos al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control³⁶(Perozo y otros vs. Venezuela, 2009, párr. 375)

Sobre la libertad de información, en el Caso Kimel vs. Argentina (2008), la Corte IDH conoce del caso del Señor Eduardo Kimel quien fue condenado por el delito de calumnia debido a la publicación de un libro titulado “La masacre de San Patricio”, en que se analizaba el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina en 1976, durante la dictadura militar y criticaba el actuar de las autoridades y el juez en el caso particular.

³⁴ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 59, párrs. 40, 45 y 46; Caso Kimel Vs. Argentina, supra nota 59, párrs. 63 y 83; Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 89 y 91; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, supra nota 63, párr. 85; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, supra nota 59, párr. 96; y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra nota 59, párrs. 120, 121 y 123.

³⁵ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Gauthier v. Canada, Communication No 633/1995, U.N. Doc. CCPR/C/65/D/633/1995 (5 May 1999), para. 13.6.

³⁶ Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, supra nota 337, párr. 93

Al respecto, la Corte IDH adujo que la CADH prohíbe la censura previa y que también contempla la exigibilidad de responsabilidades ulteriores, pero que tales restricciones “tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.” (Kimel vs. Argentina, 2008, párr. 54)

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas (Kimel vs. Argentina, 2008, párr. 57).

En este caso, como el Estado argentino había impuesto una condena penal por calumnia al Señor Kimel, sobre las sanciones penales para limitar el derecho de expresión, señaló la Corte IDH que debía observarse que la medida adoptada por el Estado se fundara en la legalidad, pero que además debía analizarse los requisitos de idoneidad y finalidad de la restricción, que la medida empleada fuese necesaria y que se cumpliera con la estricta proporcionalidad “de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación” (Kimel vs. Argentina, 2008, párr. 83).

La Corte aplicó los anteriores parámetros, en un caso similar, en *Mémoli vs. Argentina* (2013), se alegaba la violación del derecho a la libertad de expresión de Carlos y Pablo Carlos Mémoli por la condena penal impuesta por sus denuncias públicas sobre la venta irregular de nichos en el cementerio local.

En esta oportunidad, la Corte IDH, concluyó que las condenas impuestas no configuraron una violación a la libertad de expresión debido a que: (i) se hicieron con fundamento en una norma prevista en el ordenamiento jurídico argentino; (ii) tenían una finalidad legítima y compatible con la Convención, como lo es la protección de la honra y la reputación de otras personas; (iii) ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los señores Mémoli previsiblemente podrían dar lugar a una acción judicial por la afectación al honor o la reputación de los afectados; (iv) constituye una medida válida y legítima bajo la Convención Americana el recurso a medidas judiciales para la protección contra ataques a la honra y la reputación de las personas; (v) las autoridades judiciales argentinas actuantes en el caso hicieron una ponderación razonable y suficiente entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y la reputación de terceras personas; (vi) de los hechos del presente caso, no se desprendía que las expresiones de los señores Mémoli hayan sido un asunto de interés público, lo cual además había sido analizado y rechazado por dos instancias judiciales internas, y (vii) las sanciones impuestas a los señores Mémoli no fueron desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión (Caso Mémoli vs. Argentina, 2013, Párr. 113-185).

Así las cosas, respecto del margen de apreciación en relación con la libertad de pensamiento y expresión se halla en un status moderado, respecto de las limitaciones legales fundadas en las necesidades enunciadas en el artículo 13.2. sin embargo, cuando se trata de censuras previas el margen de apreciación resulta nulo o muy restringido por la disposición de la misma CADH.

A continuación, se expone el caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005), si bien se refiere a la censura previa impuesta al libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, la incautación de todo material relacionado con ella y la posterior, detención del Señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, vale la pena

mencionar que, la Corte hizo acotaciones especiales sobre la discrecionalidad de los Estados a la hora de incorporar disposiciones legales para restringir el derecho de la libertad de expresión a través de la figura del desacato en el marco de la justicia penal militar .

el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión posterior (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, Párr. 254)

La Corte IDH, en el presente caso se refiere a la justicia penal militar y si límites respecto a la competencia material y personal de los tribunales militares de tal forma que en ninguna circunstancia un civil sea sometido a la jurisdicción penal militar, los tribunales deben revestirse de garantías de competencia, imparcialidad e independencia y que el Estado debe garantizar el debido proceso y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares, de tal manera, que su discrecionalidad frente a esta potestad no es amplia sino que se halla restringida al tratarse de una jurisdicción especial (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, Párr. 256-257).

También, la Corte enfatiza sobre la libertad de expresión de los funcionarios públicos incluyendo los miembros de la armada y los tribunales, en el que en el que el ejercicio de este derecho es un control democrático que fomenta la transparencia en las actividades estatales y la mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, Párr. 83).

Allí, entonces se reitera la discrecionalidad moderada de la que gozan los Estados a la hora de limitar la libertad de expresión y reitera la prohibición a la restricción absoluta de la libertad de expresión de los funcionarios públicos.

- ***El Margen de apreciación en relación con el Art. 17 de la CADH***

El caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012), se refiere a la responsabilidad internacional de Chile por la transgresión de los derechos de la Señora Atala Riffo en el proceso judicial en el que le revocaron el cuidado y custodia de sus hijas, en razón a su orientación sexual. En el presente caso se ven quebrantada la obligación de respetar los derechos, consagrada en el artículo 1 de la CADH en relación con el derecho a la honra y dignidad, derecho a la familia, derecho de los niños, igualdad ante la ley y protección y garantías judiciales.

El Estado Chileno justifica la revocatoria de cuidado y custodia de las niñas con fundamento en que se hallan en situación de riesgo de juzgamiento moral por la condición de homosexualidad de la madre. En dicho argumento, el Estado chileno, trata de justificar una suerte de discrecionalidad a lo que la Corte sostiene 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 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 sufrido³⁷ (*Caso Atala Riffo vs. Chile*, 2012. Párr. 92)

³⁷ De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (infra párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGBTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. Cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 ("la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales"); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles,

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012. Párr. 93)

No obstante, la posición mayoritaria que condenó a Chile por la violación al derecho a la familia contenido en el artículo 17.1, el Juez Alberto Pérez Pérez, presenta salvamento de voto, pues conforme a su razonamiento no existe consenso interamericano, en relación con noción de familia, al respecto el magistrado explica:

Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver supra, párr. 9). Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la

inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 (“Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. Cfr. Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 (“Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí”), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo” (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012. párr. 92).

Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97).

No puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados partes (supra, párr. 19). El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia¹⁴, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados (supra, párrs. 9 y 18), entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere decir que todos los Estados partes deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia. Precisamente, en su Observación General N° 19, el Comité de Derechos Humanos, en el mismo párrafo en que observa que: “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto” (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012, Salvamento de voto, Párr. 20- 21).

Conforme a lo anterior, el magistrado Pérez, concluye que “resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional”, por lo menos en lo que respecta a la noción de familia en el derecho chileno (Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012, Salvamento de voto, Párr. 23).

De este caso nos queda decir que es válida la posición del salvamento de voto pues como bien lo describe la sentencia, los países interamericanos no gozan de consenso sobre la definición de familia. Pero, por otro lado, también ha de dejarse en claro que no existe margen de apreciación para justificar una medida que resulte discriminatoria por cualquier índole.

- ***El Margen de apreciación en relación con el Art. 21 de la CADH***

Respecto del derecho de propiedad, en relación con la doctrina del margen de apreciación se destacan los casos referentes a territorio ancestral, así, se

encuentran los casos Saramaka vs. Surinam (2007); Yanke Axa vs. Paraguay (2006), Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005), Comunidad Myagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001) y Yatama vs. Nicaragua (2005).

Al respecto, la Corte ha sido enfática en que los Estados si bien puede fijar las reglas para adquirir la propiedad privada, tratándose de indígenas y pueblos tribales, esto no adquieren la propiedad del territorio por las vías legales impuesta por el Estado, sino por la ocupación tradicional durante siglos.

Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. (En caso Yanke Axa vs. Paraguay, 2006, Párr. 121 y caso Saramaka vs. Surinam, 2007, Párr. 85.)

(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³⁸ (Caso Saramaka vs. Surinam, 2007, párr. 90.)

Sobre esta temática que vincula a los indígenas y pueblos ancestrales y la regulación del territorio los Estado tienen un restringido margen de apreciación, no así respecto de los demás particulares, que en este escenario si goza de margen de apreciación moderado, atando a los límites que impone el mismo artículo 21 de la CADH.

- ***El Margen de apreciación en relación con el Art. 23 de la CADH***

³⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.

Respecto del Artículo 23, se halla el emblemático caso Castañeda Gutman vs. México (2008) en el que la Corte IDH, reconoce que son los mismos Estados quienes deben forjar su propio modelo electoral y que no le corresponde tachar de inviable a uno u otro modelo, pues dicha atribución se definirá en marco de los debates de una sociedad democrática.

El Señor Castañeda, tenía la convicción de inscribirse como candidato independiente a las elecciones presidenciales, sin embargo, el Estado de México le negó la inscripción con fundamento en que este no pertenecía a partido político alguno. De tal forma, que en el presente caso se discute la inexistencia de recursos adecuado y efectivo en relación con el impedimento de inscripción de candidatura independiente.

En el caso quedó fijado que de acuerdo al artículo 41 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se prevé que:

los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio libre, secreto y directo (Castañeda Gutman vs. México, 2008. Párr. 182)

En mismo sentido,

(...) el artículo 175 del COFIPE bajo examen tiene por finalidad organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz. Dicha finalidad resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana. (Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008. Párr. 183)

Con el propósito de fijar la existencia de consenso en los confines interamericanos, la Corte procedió a realizar un análisis de las distintas formas

como se pueden inscribir las candidaturas y presentó reflexión sobre la legislación que reconoce la posibilidad de inscripción de manera independiente a un partido político.

La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes (Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008.párr. 198).

Los Estados cuya legislación reconoce la posibilidad de inscribir candidaturas independientes establecen diversos requisitos para su inscripción, algunos de ellos similares a los que se prevén para las candidaturas registradas por partidos políticos³⁹. Un requisito común para la inscripción de candidaturas independientes es el respaldo de un número o porcentaje de electores que apoye la inscripción de la candidatura, lo que resulta indispensable para organizar de manera eficaz el proceso electoral⁶⁶. Adicionalmente, los Estados establecen otros requisitos tales como la presentación de plataformas políticas o planes de gobierno para el período que la candidatura se presenta, la integración de garantías económicas o “pólizas de seriedad”, incluso una organización de cuadros directivos igual a la de los partidos políticos en todo el territorio del Estado, en caso de candidaturas independientes a Presidente de la República. 200. (Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008.párr. 199)

Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención (Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008. párr. 200).

En ese sentido la Corte IDH consideró que “el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los

³⁹ En algunos Estados de la región para el registro de estas candidaturas se ha requerido: un número de ciudadanos inscriptos no menor al 0.5% de los ciudadanos que sufragaron en la anterior elección de Diputados (Chile); el respaldo de firmas equivalente al 5% de electores empadronados (Ecuador); la nómina de ciudadanos que representen el 2% de electores en la República (Honduras); adherentes no inferiores al 4% de los ciudadanos hábiles para votar a nivel nacional (Perú); manifestaciones de voluntad firmadas por un número de electores inscritos equivalente a 0.5% de los electores de la circunscripción de que se trate (Venezuela).

derechos a votar y a ser elegido” (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr. 162), pues a diferencia de otros derechos consagrados en la CADH que establecen límites y restricciones legítimas, el artículo 23.1 del mismo instrumento, no impone restricción alguna al sistema electoral de los Estados, sino que su diseño queda atado a normas discrecionales que se adopten en el derecho interno, relacionados con la residencia, distritos electorales, capacidad civil o mental, edad, entre otros. Al respecto agregó que

El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr. 166).

Así las cosas, se percibe la procedencia de la doctrina del Margen de apreciación de grado moderado⁴⁰, siempre que las limitaciones a los derechos políticos, sean legales, legítimos, necesarios, proporcionales (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr. 211) y de ninguna manera las medidas restrictivas pueden promover la discriminación (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr. 212).

- ***El Margen de apreciación en relación con el Art. 24 de la CADH***

Se tiene referido el caso Duque vs. Colombia (2016), en el que el Señor Ángel Alberto Duque reclamaba su pensión de sobreviviente, tal solicitud le fue negada por Colfondos en razón a que no gozaba de calidad de beneficiario conforme con la ley, pues esta no contemplaba la unión entre dos personas del mismo sexo.

⁴⁰ En igual sentido, tratándose de restricciones como las multas y la inhabilitación al sufragio pasivo, caso Leopoldo López Medina vs. Venezuela, párr. 140-149.

El Estado arguyó en repetidas ocasiones que la jurisprudencia desde 2007 (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-075 de 2007) favorecía la petición del señor Duque que había sido presentada en 2002. No obstante, la Corte IDH expuso que mediante las sentencias de la Corte Constitucional no se desvirtuó la inconventionalidad en la diferencia de trato por tanto incurre en el ilícito internacional y declara la responsabilidad del Estado por violación al derecho contenido en el artículo 24 de la CADH.

El Juez Eduardo Vio Grossi, mediante voto parcialmente disidente señala su inconformidad respecto de la declaración de la violación del artículo 24 de la CADH por parte del Estado, en la medida en que la obligación que se le imputa como incumplida, no se halla concebida para la época en el marco del derecho internacional y enfatiza que el Estado se halla en los confines del margen de apreciación.

Lo que es de toda evidencia, entonces, es que, al menos a la época del hecho que habría generado responsabilidad internacional del Estado, el concepto de unión de hecho o civil y sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de sobrevivencia, no era asunto regulado por el Derecho Internacional aplicable al caso de autos, en particular por la Convención, y, que más bien era, consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación de que gozan los Estados para aplicar normas convencionales internacionales.⁴¹ Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquél. De allí se desprende, entonces, que el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno. Con lo expuesto, por ende, no se está afirmando que las citadas uniones no puedan o no deban ser abordadas en el futuro por el Derecho Internacional. Lo que se sostiene es que, para que sean materia de Derecho Internacional, deben ser contemplados por alguna fuente de Derecho Internacional, esto es, un tratado, la costumbre o los principios generales de derecho aplicables a los Estados Partes de

⁴¹ Párrs.58 y 62, OC-4/84, 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

la Convención y, eventualmente, respecto del Estado de que se trate, por un acto jurídico unilateral del mismo, todo lo cual no acontece en el caso de autos en lo referente al período 2002 a 2007 y/o 2009. (Duque vs. Colombia, 2016, Salvamento de Voto, pág. 9)

- **El Margen de apreciación en relación con el Art. 25 de la CADH**

En el caso Cantos vs. Argentina (2002), se deniega el acceso a la justicia al Señor José María Cantos por parte de las autoridades argentinas, quienes se abstienen de reparar de manera efectiva graves perjuicios que le ocasionaron agentes estatales. En aplicación de la ley, establecía la determinación de una tasa de justicia de 83.400.459,10 (ochenta y tres millones cuatrocientos mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con diez centavos, equivalente al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América), la cual no pudo ser pagada por la víctima, ordenándosele el embargo de sus bienes para lograr el pago de dicha tasa.

Al respecto, la Corte estimó que:

la aplicación de la tasa judicial y los honorarios de acuerdo a los parámetros permitidos por la ley condujeron a que se cobraran sumas exorbitantes, con el efecto de obstaculizar el acceso del señor Cantos a la justicia, tal y como se indicó en otros apartados de esta Sentencia (supra 54, 55 y 56). Ante esta situación, las autoridades judiciales han debido tomar todas las medidas pertinentes para impedir que se produjese esa situación, y para lograr que se hicieran efectivos el acceso a la justicia y el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. (Cantos vs. Argentina, 2002, párr. 60)

Siendo ello relevante para el margen de apreciación, en la medida en que las restricciones a los derechos no pueden implicar la negación del derecho mismo y que si bien en el marco de la discrecionalidad los Estados pueden establecer reglas para el acceso a la justicia estas no pueden anularlo.

Sobre la protección judicial, en sentencia Almonacid Arellano vs. Chile (2006), un caso que se refería a la responsabilidad internacional del Estado por falta

de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares, pues en virtud de una ley de amnistía impedía juzgar a los militares responsables.

Al respecto al Corte IDH, enfatizó que en absoluto podían amnistiarse crímenes de lesa humanidad pues,

Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso *Prosecutor v. Erdemovic* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que [l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima (*Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006, párr. 105)

Configurando así, el estatus nulo del margen de discrecionalidad en materia de amnistías relacionadas con crímenes de lesa humanidad. En igual sentido falló, el Caso *Universidad de la Cantuta vs. Perú* (2006)

es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (*supra* párr. 152). De tal manera, resultan aplicables las consideraciones del Tribunal en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. (*Universidad de la Cantuta vs. Perú*, 2006, párr. 225)

IV. REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL CONTEXTO INTERAMERICANO

- *Reflexiones sobre el Margen de apreciación como trasplante Jurídico*

Al iniciar el presente trabajo, se sostuvo que el margen de apreciación es de origen transregional, en la medida que su sitio de producción ha sido sistema europeo de los derechos humanos y su sitio de recepción el SIDH. El trasplante jurídico, es un fenómeno que no es novedoso en el continente interamericano, pues resulta aplicable en distintas ramas del derecho y a disimiles ingenios jurídicos.

La reflexión que es relativamente reciente es la aplicabilidad de este en el derecho de los derechos humanos, pero que tampoco es distante ya que se puede recurrir ejemplos tales como la noción de *estoppel*, las obligaciones positivas derivadas de la CADH o CEDH, el método de interpretación evolutiva, interpretación de tratados distintos al CADH o CEDH y el margen de apreciación, aquí justificado.

El método de la comparación jurídica empleado para determinar trasplante jurídico del margen de apreciación, recurrió al *comparatum*, en tal categoría se adecuó el margen de apreciación en el lugar de origen, es decir, en la jurisprudencia del TEDH; y el *comparadum*, el sitio de recepción, los casos de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por parte del *comparatum*, el TEDH y más propiamente su predecesora, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos dieron nacimiento a la creatura del margen de apreciación, como un estrategia, en principio, para que los estados gozaran de cierta discrecionalidad a la hora de implementar medidas para superar los estados de emergencia y problemas de seguridad

nacional, sin que se pretendiera que dicha atribución fuese ilimitada, como puede apreciarse en Grecia vs. Reino Unido (1958-59).

Con posterioridad, la doctrina del margen de apreciación fue complejizando su aplicabilidad, a medida en que el TEDH creaba reglas de procedencia o improcedencia, tras extenderse su uso a diferentes cláusulas del CEDH, como la prohibición de tortura, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de expresión, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a un recursos efectivo y la prohibición de discriminación, en el marco de casos particulares.

Por parte del *comparadum*, se tienen referencias de casos tanto en la CIDH como de la Corte IDH, en que, en general, de manera cautelosa se ha empleado el margen de apreciación como manifestación de la soberanía y de las decisiones de las sociedades democráticas a la hora de fijar las medidas aplicables cuando se carece de precisión en el contenido de una obligación internacional y consenso en la región.

De los casos estudiados en el contexto interamericano no se puede deducir que ha seguido las reglas creadas por el TEDH para la doctrina del margen de apreciación, sin embargo, si se logran rescatar criterios semejantes como la determinación del grado de consenso en la región para fijar la interpretación consentida de la obligación internacional y el marco de aplicación mas o menos estricta del margen de apreciación por parte de los Estados, modulandolo a partir de la estudio de la proporcionalidad de las medidas empleadas.

Así las cosas, se encuentra que de acuerdo con el analisis previamente realizado, la doctrina del margen de apreciación se halla caracterizada por una inminente incorporación y recepción del MAN en el SIDH, donde en principio,

no se hallaba contemplada, y su lugar de origen se precisa en Europa, propiamente en la jurisprudencia del TEDH.

No obstante, la claridad en los anteriores puntos, el ejercicio no se facilita cuando se analiza la categoría de transplante jurídico propiamente dicha, debido a la dificultad que ha representado el reconocimiento y desarrollo del margen de apreciación por parte, especialmente, de la Corte IDH. Bajo este entendido, se dirá que no existe transplante del término “margen de apreciación nacional” debido a la falta de reconocimiento oficial del mismo por parte de los órganos del SIDH, pero que existe dicho transplante respecto de la técnica de aplicación e interpretación de la doctrina, en la medida en que se han hallado similitudes en los criterios de consenso y el uso del principio de proporcionalidad para modular el margen de apreciación de los Estados parte. Incluso, el margen de apreciación en el contexto interamericano puede estar siendo objeto de lecturas transformadas como refirió López Médina(2004), tal conclusión, tan solo se dejara enunciada por no ser el objeto de esta investigación.

Finalmente, sobre el transplante del margen de apreciación se ha determinado conforme a la doctrina esgrimida por Twining (Bonilla Maldonado, 2009), tal doctrina germinó en la región interamericana por razones pragmáticas, pues tanto el Sistema Europeo de Derechos Humanos como el SIDH han enfrentado dificultades interpretativas respecto de obligaciones internacionales cuyo contenido no resulta claro o frente a la conquista de nuevos derechos, especialmente sobre los que no existe consenso alguno y las distintas medidas de los Estados para consagrarlos, ponen a los tribunales internacionales en aprieto al momento de imponer una condena.

- ***Reflexiones sobre el Margen de Apreciación en la CIDH***

Resultan pocos los casos, en los que se halla la doctrina del margen de apreciación explícitamente en la CIDH, y de alguna manera, tampoco ha sido de su interés abordarlo con firmeza para darle contenido a lo que significa la institución de la discrecionalidad en el contexto interamericano, otros casos donde se perciben a profundidad el desarrollo, se abordaran en el siguiente capítulo.

Como se aprecia de los casos conocidos por la CIDH y aquí esbozados, la doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente invocada por este organismo cuasi jurisdiccional del SIDH , sin embargo, no se ha explicado conceptualmente con claridad en que consiste el margen de apreciación, más bien, de estos casos, se logra describir las distintas situaciones en las que puede ser aplicable e incluso se puede extraer los distintos condicionamientos a la discrecionalidad de la que gozan los Estados parte, fundado en el Corpus Iuris Interamericano que les resulta vinculante .

De la revisión de los casos de la CIDH, se destacan cuatro categorías de uso del margen de apreciación: el amplio, en el que los estados encuentran pocas restricciones para la adopción de medidas que limitan o desarrollan el derecho; el moderado, donde se hallan una serie de límites que dificultan la libre discrecionalidad de los Estados; las leves, que encuentran límites imperiosos y que protegen ampliamente el derecho e impiden, por ende, la discrecionalidad injustificada; y por último, la restringida o nula discrecionalidad, en la que existen mandatos expresos que prohíben una determinada medida.

Los casos donde existe un amplio margen de apreciación, se encuentran en temáticas como la nacionalidad, en la que los Estados gozan de un amplio

margen a la hora de fijar los requisitos para nacionalizarse; así mismo, encontramos el servicio militar, la fijación del servicio como obligatorio queda a la libre y amplia discreción por parte de los Estados, en el único caso donde se modera la potestad discrecional se relaciona con la objeción de conciencia siempre y cuando, el Estado la adopte dentro de su orden jurídico; Existe, en similar sentido, una amplia potestad de los Estados para conservar la pena de muerte en su territorio, no obstante, la aplicación de las ejecuciones si quedan atadas a un leve margen de apreciación, en la medida en que los Estados deberán garantizar el debido proceso de manera estricta y establecer la responsabilidad con certeza de la persona condenada; se halla, también, una amplia discrecionalidad, respecto de las colegiaturas profesionales obligatorias, en las que se fija como límite para establecerlas, la legalidad, y la justificación de la medida inspirada en el bien común de la sociedad democrática.

Los casos en los que se ha condicionado al Estado a un moderado margen de discrecionalidad, en razón a los límites que se le imponen, se encuentran, la declaratoria de un estado de emergencia, donde la jurisprudencia, ha construido una serie de requisitos para declararla, así que el Estado deberá argumentar la necesidad, fijar la temporalidad, determinar la proporcionalidad de la medida, verificar prohibición de discriminación, determinar la compatibilidad con las obligaciones internacionales y la notificación a los Estados parte de la OEA para que se ejerza el control internacional; Se destaca, así mismo, la política de inmigración ilegal, en la que si bien los Estados pueden fijar requisitos de ingreso a su territorio, el límite se halla en los derechos reconocidos tanto en la Declaración Americana como en la CADH y que las medidas aplicadas para controlar la migración ilegal resulten justificadas, razonables y proporcionales; en esta categoría, también se halla la libertad de expresión, pues las medidas que limitan el derecho se hallan atadas a los confines de la CADH, artículo 13 y la determinación de la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de la medida; Se halla un

moderado margen de discrecionalidad respecto de la fijación, por parte de los Estados, de las situaciones excepcionales que impiden la protección de la vida desde la concepción.

El margen de apreciación leve se aplica, como ya se mencionó en la pena de muerte donde su aplicación se encuentra condicionada a la estricta garantía del debido proceso al acusado, por tanto, los Estados no podrán flexibilizar dicha garantía judicial; Las detenciones, también, se hallan limitadas de manera estricta al acceso de la revisión de la detención y que los intervalos de las mismas sean mínimos y razonables; así mismo, las limitaciones a los derechos políticos deben hallarse justificadas, ser razonables, objetivas y proporcionales constituyéndose como un leve margen de apreciación, más si se tienen en cuenta los límites que refiere la misma CADH, artículo 23.

El restringido o nulo uso del margen de apreciación, se presenta en los casos de los derechos reproductivos que han sido atados al derecho a la salud y no admite deferencia; Los juicios políticos a jueces se hallan prohibidos al ser gravemente amenazantes de la independencia judicial, las sanciones a los jueces deben encontrar sustento legal y no estar basados en discrecionalidades políticas.

Ha de advertirse que, los casos estudiados no se pueden apartar de la vinculación de la doctrina del margen de apreciación a los principios de soberanía y democracia como se referenció, principalmente, en los casos Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos (2001), Álvaro José Robelo González (2001), respecto de soberanía y Caso Bomchil y Meliton Ferrari vs. Argentina (1988), Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos (2003), y; Caso Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin vs. Argentina (2015), en afinidad con la noción de democracia.

Los principios mencionados brindan una base para el margen de apreciación, en la medida en que sustenta la aplicación de su propio derecho cuando la norma internacional no es diáfana en cuanto al contenido de la obligación; En este punto, vale la pena citar a Kelsen (2004), al referirse a la soberanía en el derecho interno y en el derecho internacional, en el que tal concepto goza de una doble connotación; en el derecho nacional será el “supremo”, mientras que en el derecho internacional se le reconocerá como “independiente”, de tal forma que “en el orden internacional del cual dependen en su totalidad los distintos órdenes estatales,[...] ese orden concede un amplio margen para que los órganos estatales determinen libremente la estructura y contenido de su Derecho.” (Pág. 138).

Respecto de la democracia como sustento de la discrecionalidad, se halla estrechamente vinculado con la idea de consenso , como motor en la toma de decisiones y la percepción, en principio mayoritaria , en este caso, de la manera de interpretar el contenido de ciertos derechos de acuerdo con su forma de concebirlo a través de su propia tradición, no obstante cuando este se desdibuja, implica un escenario de diversidad.

Finalmente, a lo largo del estudio de los casos de la CIDH se hizo evidente la íntima relación entre el margen de apreciación y el principio de proporcionalidad, destacándose casos como *Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos* (2003), sobre derechos políticos, en los que se halla un moderado margen de apreciación y *Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Perú* (2000), respecto de declaratoria de estados de emergencia, encasillado como moderada discrecionalidad y *Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos* (2001), sobre detenciones que se calificó como leve su margen de apreciación.

Así las cosas, vale la pena exaltar que la aplicación del principio de proporcionalidad de la manera más intensa va a restringir mayormente el margen de apreciación de los Estados, no así, la aplicación del principio de proporcionalidad de manera leve, que va a ampliar la discrecionalidad de las autoridades estatales (Cfr. Arai-Takahashi, 2001, Pág. 14).

- ***Reflexiones sobre el Margen de apreciación en la Corte IDH***

El margen de apreciación nacional en el orden interamericano no es de pacífico recibo, la Corte IDH expresamente no ha deseado desarrollar la doctrina del margen de apreciación nacional a diferencia de su homólogo europeo, a la fecha solo se ha valido del término abiertamente en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en 2004, introduciéndolo así en relación con los recursos contra decisiones judiciales y consagrando un moderado margen de apreciación, en razón a que los Estados gozan de un variado abanico de posibilidades y el único condicionamiento es que este sea un recurso efectivo.

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, párr.161)

En 2012, tras el fallo citado, se tiene el referente del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012) en el que el Juez Alberto Pérez Pérez, mediante voto parcialmente disidente, trae a colación jurisprudencia del TEDH en el que se

aplica la doctrina del margen de apreciación en relación con la concepción de “familia” y sostiene un amplio margen de discrecionalidad.

En el mismo año, la Corte IDH se vio obligada a referirse a la doctrina del margen de apreciación debido a que el Estado de Costa Rica la trae a colación como estrategia de defensa sobre las políticas de salud reproductiva que se discute en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. Sin embargo, en términos del Tribunal Interamericano “la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional” (2012, párr. 316). La Corte IDH, al dar por cerrada esta discusión no tuvo oportunidad de sentar postura abierta sobre el margen de apreciación, pero si se vale de una lista de casos del TEDH para realizar la interpretación sistemática y concluir, finalmente, que el Estado no es responsable por la violación al derecho a la vida relacionada con la disposición 4.1 de la CADH.

Es quizás, el caso *Atavia Murillo* el más claro uso del margen de apreciación en el SIDH, pues de ninguna manera esta doctrina pretende exonerar de responsabilidad a los Estado respecto de todos los cargos propuestos ya sea por la CIDH o bien por los representantes de las víctimas, sino que lo que procura es armonizar de cierta forma decisiones internas con la normatividad internacional, exclusivamente frente a obligaciones internacionales que no le resultan claras a los Estado, sea porque no existe disposición expresa o sea por que se carece de conceso regional sobre la materia.

Además, de los casos anteriormente citados donde se halla el uso del término “margen de apreciación”, la presente investigación referenció otros casos de trabajosa detección, debido a la dificultad para encontrar el término esperado;

por ello, como se explicó en la apertura, la investigación se valió de un método censitario, que permitió encontrar otros casos en los que pese a que no se refieren expresamente a la doctrina estudiada, se destacan porque desarrollan algún grado de discrecionalidad.

Así las cosas, donde se halló un margen de apreciación restringido o nulo, caso *Dacosta Dogon vs. Barbados* (2009) en el que para los Estados que consagraron la pena de muerte antes de ratificar la CADH poseen un restringido margen de apreciación, en razón a que la condena impuesta debe interpretarse a la luz del principio *pro persona*, y respecto de aquellos Estados en los que se no se consagra en una norma protoconvencional la pena de muerte carecen de nula discrecionalidad para implementarla.

En el Caso *Palmará Iribarne vs. Chile* (2005), se estableció nula discrecionalidad para aplicar censuras absolutas a libertad de expresión y pensamiento.

En los casos, *Saramaka vs. Surinam* (2007), *Yanke Axa vs. Paraguay* (2006), *Comunidades Indígenas Sawhoymaxá vs. Paraguay* (2006), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (2005), *Comunidad Myagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2002) y *Yatama vs. Nicaragua* (2005), también, se reporta un restringido margen de apreciación a la hora de regular el derecho de propiedad de las comunidades ancestrales toda vez que no operan las limitaciones contempladas en el artículo 21 de la CADH, pues en estas comunidades se les respetará el territorio ocupado desde tiempos ancestrales.

Finalmente, en el Caso *Duque vs. Colombia* (2016), se contempla la posibilidad de que los Estados no se les impute responsabilidad internacional por

obligaciones que no estaban vigentes al tiempo de la comisión del presunto acto violatorio de derechos humanos, al no tenerse precisión sobre el contenido de dicha obligación, de tal manera que gozan de un amplio margen, no obstante esta no fue la posición mayoritaria en la Corte IDH.

En el Caso Cantos vs. Argentina (2002) se determinó que en materia de restricciones al acceso a la justicia ninguna medida puede anularlo de tal manera, que en este sentido la discrecionalidad de la que gozan los Estados es restringida. Así mismo, en el caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), se concluyó que los Estados gozan de nulo margen de apreciación a la hora de conceder amnistias sobre crímenes de lesa humanidad.

Un moderado margen, se percibe en los casos Perozo y otros vs. Venezuela (2009), Kimel vs. Argentina (2008) y Mémoli vs. Argentina (2013), en el que exige determinar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas que restringen el derecho a libertad de pensamiento y expresión. En el caso Castañeda Gutman vs. México (2008), se estableció una plena facultad de los Estados para consagrar el sistema electoral, sin embargo, las limitaciones a los derechos políticos que se establezcan deben ser legales, legítimas, necesarias, proporcionales y en ningún caso discriminatorias.

Un leve margen de apreciación, el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador (2007), se percibe una leve discrecionalidad a la hora de limitar el derecho a la libertad toda vez que la Corte IDH exige estrictos controles de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida; En el caso Cantos vs. Argentina.

- ***Reflexiones sobre el Margen de Apreciación como mecanismo de acoplamiento.***

El margen de apreciación, tal como se analizó, a lo largo de los hallazgos de esta investigación constituye un punto de encuentro entre el derecho nacional con el internacional. Es la herramienta que puede articular las piezas de los distintos órdenes jurídicos, bajo el entendido que estos coexisten y que no necesariamente se hallan en una relación de superioridad de uno, en particular, frente del otro (Cfr. Acosta Alvarado, 2016, Pág. 29); sino que ampara una relación en la que en el marco de vacíos o lagunas en la normatividad internacional, estos puedan ser llenados por el ordenamiento jurídico nacional, no de manera arbitraria sino armónicamente, sin pretensión de querer burlar la justicia internacional.

La doctrina estudiada no se pretende que constituya la regla, pero si, que de manera excepcional en aquellos casos donde no existe claridad frente al contenido de las obligaciones internacionales se les permita a los Estados interpretar la norma internacional y aplicar las medidas que consideren necesarias conforme a su propio derecho.

Ha de tenerse en cuenta, que si bien, la consecuencia del correcto uso del margen de apreciación puede eximir a los Estados de la responsabilidad internacional que se les acusa, este no es su principal propósito, sino que su intención inmediata, es permitirles cierta autonomía para sortear las dificultades relacionadas con los derechos y obligaciones que no gozan de claridad normativa.

CONCLUSIONES

Esta investigación se propuso, abordar la evolución del margen de apreciación en el contexto interamericano y con ello, brindar claridad en los estándares interamericanos para la aplicación de la doctrina del margen de apreciación.

A modo de conclusión se presentan las siguientes:

1. El margen de apreciación nacional es una doctrina trasplantada, en la medida que su lugar de producción es el TEDH y su lugar de recepción el SIDH.
2. Se halló dificultad para referirse al Margen de Apreciación Nacional, como un único término para representar a la doctrina del MAN, por lo menos en el contexto interamericano; debido a que no se halla declaración expresa y uniforme, pues como se observó desde la introducción, la investigación debió consultar distintos términos (Margen, discrecionalidad, deferencia, límite, potestad, consenso, subsidiariedad, capacidad de apreciación, reserva, soberanía y sesgo) para poder desentrañar la noción de margen de apreciación en los casos estudiados.
3. Por tanto, no se halla trasplante del término, pero si de la técnica de aplicación e interpretación del Margen de Apreciación, tanto por la Corte IDH como por la CIDH.
4. Así mismo, se encontró que los órganos del SIDH emplearon la doctrina del Margen de Apreciación por cuestiones pragmáticas, pues al igual que el TEDH, se encuentran en dificultad para precisar el contenido de ciertos mandatos internacionales.

5. Conjuntamente pudo observarse, que la doctrina estudiada logra posicionarse en el SIDH, como una herramienta en la que los Estados parte, gozan de mayor o menor discrecionalidad para implementar medidas que acatan obligaciones internacionales, pero que a la postre estas no cuentan con un contenido claro o se carece de consenso a la hora de determinar la acción u acciones que han de desplegarse por parte de los Estados.
6. Tanto la Corte IDH como la CIDH, han tenido la oportunidad de materializar la doctrina del margen de apreciación. A lo largo del documento se consideraron variados casos (19 de la CIDH y 23 de la Corte IDH), en el que los estos órganos han admitido que los Estados gozan de cierta discreción y han fijado presupuestos para su procedencia. Lo que no significa que esta doctrina es de aplicación absoluta, sino que se configura una suerte de gradación de la potestad de los Estados, en el que se distinguen categorías de discreción.
7. La investigación sugiere las siguientes categorías: leve, moderado, restringido o nulo margen de apreciación. Esta clasificación permite mayor claridad sobre cada uno de los limitantes de aplicación o reglas de procedencia del margen de apreciación.
8. También, se precisó uno a uno los derechos para los Casos de la Corte IDH y temáticas, en el caso de la CIDH, en los que se prueba la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, en mayor o menor medida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA ALVARADO, P.A. Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Estudios Constitucionales. Año 14, (1): pp. 15-60, 2016. ISSN 071801195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>

ARAI-TAKAHASHI, Y. The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR. Antwerp –Oxford – New York: Intersentia, 2001, pp. 247. ISBN 90-5095-195-3 [Impreso].

BARBOSA DELGADO, F.R. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. Revista Derecho del Estado, No. 26, enero-junio, pp. 107-135, 2011. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881/2523>

—. El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: Entre el Estado de derecho y la sociedad democrática, Págs. 51 - 82. M. NÚÑEZ POBLETE y P.A. ACOSTA ALVARADO [Cord.]. El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, págs. 383. ISBN 978-707-02-3709-6 [impreso].

BENAVIDES CASALS, M.A. El Consenso y el Margen de Apreciación en la Protección de los Derechos. Revista Ius Et Praxis (1), Vol. 15: pp. 295-310, 2009. ISSN 0718-0012. Disponible

en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009

BLANCO CONTRERAS, S. Los trasplantes institucionales en el campo del derecho: Una nueva perspectiva para la nueva economia institucional. Iberian Journal of the History of Economic Thought (2) Iberian Journal of the History of Economic Thought: pp. 170-187, 2016, Vol 3. ISSN: 2386-5768. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/IJHE/article/view/54624>

BONILLA MALDONADO, D. (editor académico). Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los andes; Pontificia Universidad Javeriana - instituto pensar, 2009. ISBN: 978-958-665-146-2.

BURGORGUE-LARSEN, L., MONTOYA CÉSPEDES, N. El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. [Coord.] L. López Guerra y A. Saiz Arnaiz. Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Perú: Palestra, 2015. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap6.pdf

CAMARILLO GOVEA, L.A. Convergencias y diferencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. Revista Prolegómenos - Derecho y Valores. (37), Vol XIX: pp. 67-86, 2016. ISSN: 0121-182X. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a05.pdf>

CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Roma, 04 de noviembre de 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

CONTRERAS VÁSQUEZ, P. Notas sobre el corpus iuris interamericano. NOGUEIRA ALCALÁ, H. & AGUILAR CARAVALLA [Cord.]. Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano. Santiago de Chile: Editorial Triangulo, 2017, pp. 145-157. ISBN 978-956-9539-05 3 [Impreso].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos.* Resolución No. 23/81. Caso 2141. 6 de marzo de 1981. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

—. *Caso Bomchil y Meliton Ferrari vs. Argentina.* Informe sobre los casos No. 9777 y 9718. 30 de marzo de 1988. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Argentina9777.htm>

—. *Caso Efraín Ríos Mont vs. Guatemala.* Informe de Inadmisibilidad No. 30/93. Caso 10.804. 12 de octubre de 1993. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>

—. *Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia.* Informe de admisibilidad No. 71/99. 4 de mayo de 1999. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>

—. *Caso Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Perú.* Informe No. 48/00. Caso 11.166. 13 de abril de 2000. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm#12>

—. *Caso Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua.* Informe de Inadmisibilidad No. 25/01. Caso 12.144. 5 de marzo de 2001. Recuperado de

: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Inadmisible/Nicaragua12.144.htm>

–. *Caso Rafael Ferrer Mazamorra y otros vs. Estados Unidos*. Informe de fondo No. 51/01. Caso 9903. 4 de abril de 2001. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>

–. *Caso Statehood Solitarity Committee vs. Estados Unidos*. Informe de fondo No. 98/03. Caso 11.204. 29 de diciembre de 2003. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/EEUU.11204.htm>

–. *Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*. Informe de admisibilidad No. 25/04. 11 de marzo de 2004. Recuperado de: <http://www.cidh.org/women/CostaRica.12361sp.htm>

–. *Caso Cristián Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*. Informe de Fondo No. 43/05. Caso 12.219. 10 de marzo de 2005. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CHILE.12219sp.htm>

–. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. Informe de Fondo No. 85/10. Caso 12.361. 14 de julio de 2010. Recuperado de: <https://sidh.cejil.org/es/document/zhmzjugvgrxuug3p3rd1v2t9?page=1>

–. *Caso Rubén Luis Godoy vs. Argentina*. Informe de Fondo No. 66/12. Caso 12.324. 29 de marzo de 2012. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>

–. *Caso Edgar Tamayo Arias*. Informe de Fondo No. 44/14. Caso 12.873. 17 de julio de 2014. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/USPU12873ES.pdf>

–. *Caso Peter Cash vs. Commonwealth de las Bahamas*. Informe de Fondo No. 12/14. Caso 12.231. 2 de abril de 2014. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/BAPU12231ES.pdf>

–. *Caso Adriana Beatriz Gallo y otras vs. Argentina*. Informe de fondo No. 43/15. Caso 12632. 28 de julio de 2015. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2015/ARPU12632ES.pdf>

–. *Caso Trabajadores indocumentados Estados Unidos de América*. Informe de fondo No. 50/16. Caso 12.834. 30 de noviembre de 2016. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/USPU12834ES.pdf>

–. *Caso Manickavasagam Suresh vs. Canadá*. Informe de fondo No. 8/16. Caso 11.661. 13 de abril de 2016. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/CAPU11661ES.pdf>

–. *Caso Víctor Saldaño vs. Estados Unidos*. Informe de fondo No. 24/17. Caso 12.254. 18 de marzo de 2017. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/USPU12254ES.pdf>

–. *Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*. Informe de Fondo No. 122/18. Caso No. 11.656. 5 de octubre de 2018. Recuperado de: https://derechoshumanos.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/cidhi_nforme_de_fondo_no.12218_caso_no_11.656.pdf

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Caso Gauthier v. Canada*. Communication No. 633/95, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-1/82*. Del 24 de septiembre de 1982. “otros tratados” objeto de la función

consultiva de la Corte – Artículo 6 CADH, Solicitada por el Perú. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf>

—. *Opinión Consultiva OC-03/83*. Del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

—. *Opinión Consultiva OC-4/84*. Del 11 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1267>

—. *Opinión Consultiva OC-5/85*. Del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas – Artículos 13 y 29 CADH sobre derechos humanos, Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

—. *Opinión Consultiva OC-8/87*. Del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías. Solicitada por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

—. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

—. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

- . *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- . *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf
- . *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- . *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf
- . *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- . *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf
- . *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

—. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Fondo. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf

—. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

—. *Caso Yanke Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf

—. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

—. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

—. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparación y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

—. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

—. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Recuperado

de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

–. *Caso Saramaka vs. Suriname*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

—. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado

de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

–. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf

–. *Caso DaCosta Dogon vs. Barbados*. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf

—. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

–. *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_223_esp.pdf

–. *Caso Chocron Chocron vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Excepción Preliminar, Fondo, Reparación y Costas. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

–. *Caso Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia del 01 de septiembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

–. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

–. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

–. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf

–. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_265_esp.pdf

–. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

–. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

DÍAZ, M. El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales. [aut. libro] J. García Roca y P. Fernandez. Integración Europea de derechos fundamentales: De un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

ESCOBAR CÓRDOBA, F. Reseña: Legal Transplants., Criterio Jurídico (1), Vol 9: pp. 261-265 ,2009. ISSN: 1657-3978. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/327/1173>

FILIPPINI, L.G. El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo: Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz. Revista Española de Derecho Constitucional. (88), enero- abril: pp 11-38, 2010, ISSN: 0211-5743. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica13.pdf.

FUENTES CONTRERAS, E.H. Materialidad de la Constitución: La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá: Ibáñez y Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010. ISBN 978-958-8381-99-2.

GARCÍA ROCA, J. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración. Teoría y Realidad Constitucional, (20): pp. 117-143, 2007, ISSN

1139-5583.

Disponible

en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778>

—. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Madrid: Civitas, 2010. ISBN 978-844-703358-4.

GÓMEZ GAMBOA, D. Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 264. ISBN 978.607-02-7065-9 [Impreso].

GREER, S. The Margin of Appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000. pág. 60. ISBN 92-871-4350-1.

IANNELLO, P. Eficiencia y recepción de los trasplantes legales. El Caso del CRAMDOWN POWER. California: UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. <https://escholarship.org/uc/item/76m648xf>.

KELSEN, H. Teoría General del Estado. 1ra Edición. México: Ediciones Coyoacán. pp. 544. ISBN 970-633-234-0 [Impreso].

—.. Esencia y valor de la democracia – Forma del Estado y Filosofía. 1ra Edición. México: Ediciones Coyoacán. pp. 163. ISBN 970-633-306-1 [Impreso].

LEGRAND, P. The impossibility of "Legal Transplantas". Maastricht Journal of European and Comparative Law, (2) Vol 4: pp. 111- 124, 1997. Disponible en:<https://doi.org/10.1177/1023263X9700400202>.

LÓPEZ MEDINA, D. E. Teoría Impura Del Derecho: Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2004. ISBN: 958-653-367-0.

MAROCHINI, M. The interpretation of the european convention on human rights. *Bornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu*, (1) Vol 51: pp. 63-84, 2014. UDK: 342. 7 (4) 341. Disponible en: <https://hrcak.srce.hr/file/171985>

MILLER, J.M. A typology of lega transplants; Using sociology, legal history and argentine examples to explain tne transplant process. *The American Journal of Comparative Law*; Vol 51 (4): pp. 839-886, 2003. ISSN 0002-919X. Disponible en:<https://doi.org/10.2307/3649131>.

NASH ROJAS. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., *ACDI* (11) Vol. XI : pp. 1-25 , 2018,. ISSN: 2027-1131. Disponible en:<https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429555530003/index.html> WATSON, A. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*. Athens (Georgia) : The University of Georgis Press, 1993. ISBN: 978-082-031-532-4.

NÚÑEZ POBLETE, M. 2012. 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. [Coord.] M. NÚÑEZ POBLETE y P.A. ACOSTA ALVARADO. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 383, ISBN 978-707-02-3709-6 [impreso].

OEA. Convención Americana de los Derechos Humanos. Del 7 al 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica. Recuperado

de:https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 9 de abril de 1948. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

PASCUAL VIVES, F.J. El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista. Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 29: pp. 217-262, 2013. ISSN 0212-0747. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2511/2385>

PEGORARO, L. Transplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado. [Coord.] Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García. Diálogo jurisprudencia en derechos humanos: entre Tribunales constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo blanch, 2013. ISBN: 978-84-9053. [Impreso]

QUISPE REMÓN, F. La Protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual. España: Anuario Español del Derecho Internacional, Vol 32: pp. 225-258, 2016. ISBN: 0212-0747. [Impreso]

SÁNCHEZ MOLINA, P. Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos). Economía. Revista en Cultura de la Legalidad, (9), octubre 2015 – marzo 2016: pp. 224–231. ISSN 2253-6655. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2823/1519>

SILVERO SALGUEIRO, J. El método funcional en la comparación constitucional. [coord.] José María Serna de la Garza. Metodología del derecho comparado. México: Instituto de investigaciones jurídicas; UNAM, 2005, pp. 523. ISBN: 970-32-2556-X. [Impreso]

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tyrer vs. Reino Unido.* Application no. 5856/72, Estrasburgo: Gran Cámara, 1978.

—. *Caso Engel y otros vs. Países Bajos.* Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Estrasburgo: Sala plena, 1976.

—. *Caso Handyside vs. Reino Unido.* (Application no. 5493/72, Estrasburgo: Gran Corte, 1976.

—. *Caso The Sunday Times vs. Reino Unido.* Application no. 6538/74, Estrasburgo: Gran Corte, 1979.

—. *Caso Paton vs. Reino Unido.* Application No. 8416/78, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 1980.

—. *Caso X vs. Reino Unido.* X v. Reino Unido (1981), Estrasburgo: Sala, 1981.

—. *Caso Sporrang y Lönnroth vs. Suecia.* Application no. 7151/75; 7152/75, Estrasburgo: Sala Plena, 1982.

—. *Caso Silver y otros vs. Reino Unido.* Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Estrasburgo: Cámara de la Corte, 1983.

—. *Caso Malone vs. Reino Unido.* Application no. 8691/79, Estrasburgo: Gran Corte, 1984.

—. *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*. Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, Estrasburgo: Sala Plena, 1985.

—. *Caso James y otros vs. Reino Unido*. Application no. 8793/79, Estrasburgo: Sala plena, 1986.

—. *Caso Rees vs. Reino Unido*. Application No 9532/81, Estrasburgo: Gran Corte, 1986.

—. *Caso Cossey vs. Reino Unido*. Application 16/1989/176/232, Estrasburgo: Gran Cámara, 1990.

—. *Caso Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*. Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, Estrasburgo: Sala de la cámara, 1991.

—. *Caso Brannigan y McBride vs. Reino Unido*. Application no. 14553/89; 14554/89, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 1993.

—. *Caso Fayed vs. Reino Unido*. Application No. 17101/90, Estrasburgo: Cámara de la Corte, 1994.

—. *Caso Loizidou vs. Turquía*. Application no. 15318/89, Estrasburgo: Gran Cámara, 1996.

—. *Caso Chahal vs. Reino Unido*. Application no. 22414/93, Estrasburgo: Gran Cámara, 1996.

—. *Caso Gitonas y otros vs. Grecia*. Application no. 18747/91; 19376/92; 19379/92), Estrasburgo: Sala, 1997.

—. *Caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*. Application 31–32/1997/815–816/1018–1019, Estrasburgo: Gran Cámara, 1998.

—. *Caso Thlimmenos vs. Grecia*. Application no. 34369/97, Estrasburgo: Gran Cámara, 2000.

—. *Caso I. vs. Reino Unido*. Application No. 25680/94, Estrasburgo, Plenaria de la Corte, 2002.

—. *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*. Application no. 28957/95, Estrasburgo: Gran Cámara, 2002.

—. *Caso Frette vs. Francia*. Application no. 36515/97, Estrasburgo: Sección tercera, 2002.

—. *Caso Pretty vs. Reino Unido*. Application no. 2346/02, Estrasburgo: Sección Cuarta, 2002.

—. *Caso I. vs. Reino Unido*. application no. 25680/94, Estrasburgo: Gran Cámara, 2002.

—. *Caso Vo. vs. Francia*. Application No.53924/00, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 2004.

—. *Caso DH y otros vs. República Checa*. Application no. 57325/00, Estrasburgo: Gran Cámara, 2007.

—. *Caso Dickson vs. Reino Unido*. Application no. 44362/04, Estrasburgo: Gran Cámara, 2007.

—. *Caso Evans vs. Reino Unido*. Application no. 6339/05, Estrasburgo: Gran Cámara, 2007.

—. *Caso Krasnov y Skuratov vs. Russia*. Applications no. 17864/04 and 21396/04, Estrasburgo: Sección Primera, 2007.

—. *Caso S.H. vs. Austria*. Application No. 57813/00, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 2010.

—. *Caso A, B y C vs. Irlanda*. Application No. 2557/05, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 2010.

—. *Caso Costa y Pavan vs. Italia*. Application No. 54270/10, Estrasburgo: Plenaria de la Corte, 2010.