



Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación



Alfonso Santiago

Miembro titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional. Abogado y doctor en Derecho (UBA). Catedrático (Univ. Austral). Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

SUMARIO: I. Presentación.— II. El principio de subsidiariedad y sus dos dimensiones.— III. La doctrina del margen nacional de apreciación.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.— VI. Anexo I.

I. Presentación (*)

El objetivo de este trabajo es desarrollar la vinculación existente entre el principio de subsidiariedad propio del derecho internacional de los derechos humanos con la doctrina del margen nacional de apreciación desarrollada por la Corte EDH y propiciar su introducción en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica afirma en un muy significativo párrafo de su *Preámbulo*:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

En este párrafo se contienen los tres principios fundantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH):

- el principio “*pro homine*”, “*pro personae*” o de la igual e inviolable dignidad de la persona humana;
- el principio del *pacta sunt servanda*;
- el principio de subsidiariedad.

En efecto, la clave de bóveda de todo el SIDH, que se perfeccionaba a través de la CADH, es el reconocimiento de la igual, inviolable e intrínseca dignidad de cada persona humana y la protección efectiva de los derechos humanos que de ella se derivan, los que son reconocidos y consagrados específicamente a través de las distintas cláusulas de la CADH (1).

El segundo principio es el “*pacta sunt servanda*”, columna vertebral de todo el derecho internacional. El *Preámbulo* señala con claridad que la protección internacional que se pone en marcha es de “naturaleza convencional”. Las consecuencias de este principio fundamental

del derecho internacional público, tienen un doble direccionamiento. Para los Estados nacionales significa que ellos han de cumplir las obligaciones internacionales que han asumido con la ratificación de la CADH y en caso de no hacerlo podrán ser observados o condenados por los órganos establecidos en el SIDH. Pero para estos últimos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), implica que ellos han de ceñir su actuación a la específica voluntad común de los Estados nacionales puesta de manifiesto con la firma de la CADH, teniendo siempre también en cuenta las normas de *ius cogens* que tienen operatividad propia.

Por último, el tercer principio fundante del SIDH es el principio de subsidiariedad, ya que en el *Preámbulo* de la CADH se afirma que la protección internacional de naturaleza convencional que por medio de ella se pone en marcha es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (2).

Esta característica del SIDH plantea el gran desafío de la adecuada articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los derechos humanos. Los Estados nacionales son los principales responsables de la protección de los derechos humanos. Solo cuando los órganos nacionales no den una respuesta efectiva a esa protección, corresponderá la limitada y acotada actuación de los órganos del SIDH. Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones nacionales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de armonización (3).

En 2018 se cumplió el 40 aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la entrada en vigencia en 1978 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*. En estas cuatro primeras décadas de existencia institucional, la Corte IDH ha ido desarrollándose notablemente como tribunal internacional hasta ocupar un lugar destacadísimo no solo a nivel regional sino mundial, convirtiéndose en el segundo tribunal regional en importancia a esca-

la global en lo que hace a la protección de los derechos humanos.

A lo largo de todos estos años es posible observar dos procesos distintos, en parte enfrentados, que podrían generar hacia el futuro algunos serios conflictos y tensiones para el adecuado funcionamiento del SIDH. Por un lado, el creciente despliegue y desarrollo institucional de la Corte IDH y, por otro, cierta resistencia y cuestionamiento de algunos países para acatar sus decisiones cuando no las comparten o las consideran invasivas de su ámbito de competencia nacional (4).

El SIDH ha tenido fuertes conflictos con los regímenes dictatoriales de Perú en los '90 y con Venezuela en la segunda década de este siglo (5), que terminaron en la denuncia parcial o total de la CADH, si bien Perú retornó plenamente al SIDH tras la caída del régimen de Fujimori. A ello tenemos que agregar los conflictos con Trinidad Tobago en torno a la pena de muerte, que desembocó en su denuncia de la CADH, y la actual situación de tensión con República Dominicana a propósito de la cuestión de los hijos de los inmigrantes haitianos, que derivara en la falta de reconocimiento por parte de ese país de la competencia de la Corte IDH por supuestos vicios constitucionales del acto de admisión de esa competencia. También se han dado situaciones de tensión y conflicto con Costa Rica a propósito de las decisiones de la Corte IDH en materia de fecundación *in vitro* (6) y de uniones de personas del mismo sexo (7). Por otra parte, es muy bajo el porcentaje de cumplimiento total de las sentencias de la Corte IDH: solo un 16 % de las 380 que ha dictado en estas cuatro décadas. Más recientemente, en abril de 2019, cinco Estados de la región (Chile, Brasil, Paraguay, Colombia y Argentina) firmaron un Documento en que, junto a reiterar su compromiso con el SIDH, manifiestan algunas inquietudes acerca de lo que consideran algunas ineficiencias y extralimitaciones por parte de los órganos del SIDH (8).

Como puede observarse, los cuestionamientos a la actuación de los órganos interamericanos han crecido y no solo ha sido expresado por gobiernos sospechados de autoritarismo, sino

también por países que muestran claros compromisos en materia de derechos humanos.

El grado de conflictividad existente entre la Corte IDH y los Estados partes de la CADH ha sido proporcionalmente más alta que el existente entre la Corte Europea Derechos Humanos y la gran mayoría de los Estados que han adherido a la Convención Europea Derechos Humanos.

Nos parece que las numerosas situaciones de tensión que se han verificado en las últimas décadas son contraproducentes para el adecuado funcionamiento del SIDH y que hay que tener en cuenta esas experiencias para generar un necesario aprendizaje institucional que ayude a morigerarlas y en la medida de lo posible evitarlas. Habrá que evitar futuros “choques de trenes” que son negativos para la autoridad y credibilidad del SIDH (9).

La protección jurídica de los Derechos Humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema “multifocal” en el que operan simultáneamente e interactúan entre sí, sin una plena coordinación ni una jerarquización clara y rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales (10).

Para explicar y entender la relación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el sistema interamericano de derechos humanos, no son útiles ni el monismo kelseniano —hay un solo orden jurídico que se ordena jerárquicamente y el derecho internacional está por encima del nacional— ni el dualismo de Triepel —quien considera que se trata de dos órdenes distintos que operan paralelamente—. Hay que diseñar un modelo o paradigma nuevo que contemple dos ordenamientos diferenciados pero profundamente interconectados, interrelacionados y con numerosas interacciones recíprocas (11). Se da aquí una situación de pluralismo jurídico que, como sostiene von Bogdandy, no implica una estricta separación sino “una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos” (12). Junto con el pluralismo jurídico surge “el problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales” (13) y de determinar quién tiene la palabra final en la definición de aquellas cuestiones comunes

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de agosto de 2022.

(1) Para profundizar en el análisis de este principio basal de todo nuestro ordenamiento político y jurídico, tanto nacional como internacional, remitimos al Cap. I de nuestro libro “Estudios de Derecho Constitucional. Para una visión personalista del Derecho Constitucional”, 2017.

(2) Ha sostenido la Corte IDH que “[E]l principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el *Preámbulo* de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 70.

(3) Sobre este tema, puede consultarse con provecho el trabajo N. P. SAGÜÉS, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, nro. 1, Talca, 2003.

(4) Hemos analizado detenidamente ese doble proceso en nuestro libro SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía

(dirs.), “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018”, 2018, cap. VIII, donde remitimos.

(5) Sobre el caso venezolano, se puede ver con provecho el siguiente trabajo: CANDIA, Gonzalo, “Regional human rights institutions struggling against populism: The case of Venezuela”, *German Law Journal*, 20, 2019, ps. 141-160.

(6) Cfr. Corte IDH, Caso “*Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*”, sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C, N° 257.

(7) Cfr. OC 24/17.

(8) Cfr. “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, documento que figura en el Anexo I de este trabajo.

(9) Afirma Sagüés: “En la experiencia latinoamericana se han dado ya situaciones traumáticas de negación o de rechazo de la jurisdicción supranacional, mediante la doctrina de la “inejecutabilidad” de sus resoluciones. Tales antecedentes, por más que no hayan sido frecuentes y que en buena medida resultaron infructuosos, resultan preocupantes. Por el contrario, teorías como la del “seguimiento nacional”, o la del “margen nacional de apreciación”, procuran compatibilizar ambas jurisdicciones. Hay que continuar trabajando en el mejor desarrollo de ambas, en aras de lograr un sistema interamericano de derechos humanos realmente operativo y armónico. Para ello, la prudencia y la habilidad de los jueces de los tribunales locales e internacionales importa un dato de la realidad casi indispensable para que la empresa sea exito-

sa. Pero los aportes de las universidades, de las escuelas judiciales y de los colegios profesionales de jueces y de abogados son igualmente provechosos, cuando no necesarios, para crear esa nueva cultura jurídica de la internacionalización de los derechos humanos: una hazaña que lleva necesariamente tiempo, aunque avanza sin pausa”, SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, nro. 1, Talca, 2003.

(10) Cabe recordar que ha sido la propia Corte IDH la que una de sus primeras OC ha señalado esta falta de relación jerárquica entre los tribunales nacionales y los internacionales: “En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del art. 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad

de eliminar posibles contradicciones del género comentado”, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, nro. 1, párr. 50.

(11) “Como es natural, si el objeto y fin de un tratado de derechos humanos —como la Convención Americana— es el que, en líneas generales, se encuentra expresado en las normas contenidas en el art. 1.1 y precisadas en el art. 2, la armonización del derecho interno y de las conductas de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención, hace, en esencia, al “objeto y fin” de este instrumento internacional. Es aquí en donde se aprecia la inmensa riqueza concreta que tienen los conceptos de “interacción” e “interdependencia” en este ámbito”, GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 326.

(12) Von BOGDANDY, Arman, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, 2002, p. 26.

(13) PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, LA LEY, 2015-D, 623.

que tiene un doble régimen jurídico que las regie cuando surge un conflicto insalvable para su armonización.

En esa tarea de armonización entre normas y tribunales nacionales y regionales puede ser iluminador el principio de subsidiariedad que, si bien fue inicialmente pensado para las relaciones sociales intra-Estado, puede también ser utilizado para el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales. La doctrina del margen nacional de apreciación constituye un corolario de ese principio en lo que hace al rol principal que les corresponde a los Estados en la definición y delimitación de los contenidos concretos de los derechos humanos y que ha de ser respetado por los órganos del SIDH.

Precisamente este trabajo tiene como finalidad aportar los elementos necesarios para dilucidar la delicada cuestión de la articulación entre el sistema interamericano y los ordenamientos jurídicos nacionales, en particular el argentino. Para ello analizaremos datos históricos y estadísticos y desarrollaremos los contenidos doctrinales fundamentales del principio de subsidiariedad y de la doctrina del margen nacional de apreciación.

II. El principio de subsidiariedad y sus dos dimensiones

En el terreno del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de subsidiariedad se expresa en dos dimensiones estrechamente relacionadas entre sí: una sustantiva y otra procesal (14).

II.1. La dimensión sustantiva

El ámbito normativo o sustantivo supone, en términos de del Toro Huerta, al menos tres aspectos: a) el reconocimiento de la complementariedad respecto del catálogo de derechos y deberes internacionales impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; b) la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público internacional basado en la existencia de ciertas normas perentorias de derecho internacional general (*jus cogens*) que imponen obligaciones de carácter *erga omnes*; y c) la pluralidad de las sociedades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural.

El derecho internacional de los derechos humanos no pretende sustituir al derecho nacional, sino complementarlo, reforzarlo e integrarlo. La protección de los Derechos Humanos por parte de las normas y tribunales nacionales es reforzada, complementariamente, mediante su tutela a través normas, organismos y tribunales, que actúan cuando las instancias de carácter

local resultan insuficientes o ineficaces (15). Sin embargo, gradualmente el carácter complementario de la tutela internacional va cediendo paso a una protección cada vez más amplia y directa por parte del orden internacional.

Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de articulación y armonización como veremos en el próximo capítulo donde remitimos.

II.2. La dimensión procesal

El ámbito institucional o procesal del principio de subsidiariedad se refiere principalmente a la forma en que operan los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos respecto de las autoridades estatales. De esta forma, la subsidiariedad orienta la distribución de tareas entre las autoridades estatales, quienes deben garantizar los derechos internacionalmente reconocidos y el juez internacional, que actúa de manera subsidiaria. Los tribunales internacionales de derechos humanos no realizan funciones de tribunales de apelación o casación de las decisiones judiciales internas, sino que su papel se limita a comprobar la compatibilidad (16) del ordenamiento interno con los instrumentos internacionales firmados y aprobados conforme al procedimiento interno.

Una vez comprendida la naturaleza subsidiaria de los tribunales internacionales, conviene adentrarse en la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Sin lugar a dudas, antes de acceder a la jurisdicción internacional, es necesario agotar previamente todas las instancias locales (17). Este principio guarda cierta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que esta última garantiza que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional (18).

Se concede a los Estados la oportunidad de reparar las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito en el ámbito de su propio sistema jurídico interno antes de que se pueda cuestionar su responsabilidad en el plano internacional. Así, ha dicho la Corte Internacional de Justicia que constituye “una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida” aquella que consagra que se deben agotar los recursos locales antes de poder litigar en los tribunales internacionales (19). El TEDH ha reconocido que “[l]a regla del agotamiento de la vía de los recursos internos que dispensa a los Estados de responder de sus actos ante un

órgano internacional antes de haber podido remediarlo dentro de su orden jurídico interno, figura... entre los principios de derecho internacional generalmente reconocidos” (20). Por su parte, la Corte IDH ha destacado que esta regla permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna” (21).

Afirma Andrés Felipe López Latorre que “el requisito de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos es una expresión del principio de subsidiariedad según el cual la labor de la Corte IDH debe ser complementaria a la labor del Estado, quien es el principal responsable por los derechos humanos en su territorio y jurisdicción” (22). La Corte IDH no puede conocer de aquellos casos en donde los recursos internos no han sido agotados, porque de lo contrario implicaría que el Estado no es el principal responsable, sino que el SIDH usurpa al Estado la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos” (23).

En una reciente Declaración, cinco Estados latinoamericanos han puesto de manifiesto que “el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional” (24).

Además, es necesario considerar, como lo ha hecho la Corte IDH, que la regla de previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención Americana, consistentes en la obligación de los Estados de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25) que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (art. 8º), en el marco de la obligación general de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (25).

Otra manifestación del principio de subsidiariedad en sus aspectos procesales es que el proceso que se inicia en sede internacional no puede ser concebido como una apelación final o de “cuarta instancia” de lo decidido localmente. Se trata de un nuevo proceso que es distinto e independiente con partes, reglas, principios, finalidades y efectos diversos (26).

Esto confirma la exigencia del agotamiento de las vías de recurso internas expuestas en el art. 35 del Convenio, y la obligación de ofrecer un recurso efectivo que el art. 13 hace pesar sobre los Estados. Y deberá ser así si se desea que el sistema funcione a título subsidiario. Como el Tribunal ha subrayado recientemente, “de acuerdo con el objeto y los fines subyacentes del Convenio, según se desprende del art. 1 del mismo, cada Estado contratante deberá asegurarse en su orden jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados. Es fundamental para el mecanismo de protección establecido por el Convenio que los mismos sistemas nacionales permitan corregir las infracciones cometidas, y que el Tribunal ejerza su control en el respeto del principio de subsidiariedad”, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro”. Conferencia pronunciada en el tribunal constitucional español, 7 junio de 2002.

(19) CIJ, Interhandel Case (Switzerland vs. United States of America), Objeciones Preliminares, Sentencia del 21 de marzo de 1959, Reports 1959, p. 27.

(20) TEDH, Casos De Wilde, Ooms y Versyp, Sentencia del 18 de junio de 1971, párr. 50.

(21) Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61 y Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64.

(22) NEUMAN, Gerald L., “Subsidiarity”, en SHELTON, Dinah (edit.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013.

La naturaleza subsidiaria de las instancias internacionales no busca sustituir o suplantar a las instancias nacionales sino complementar a los mecanismos nacionales de protección en aras de una efectiva protección de los derechos humanos y ayuda a las instancias nacionales a alcanzar los propios fines del Estado constitucional (27). La aplicación efectiva del principio de subsidiariedad representa el siguiente paso de la comunidad internacional hacia la construcción de un orden público internacional respetuoso a su vez de la diversidad y el pluralismo, pero firmemente comprometido con la efectiva vigencia de los derechos más fundamentales y con su universalidad (28).

Para ello el principio de subsidiariedad debe ser entendido en su doble dimensión sustantiva y procesal. En su dimensión sustantiva, el principio de subsidiariedad busca establecer un equilibrio entre la unidad de derechos y la diversidad de contextos políticos, sociales y culturales que permite y garantiza, de alguna forma, el surgimiento de estándares comunes sobre la base de un diálogo entre los diferentes sistemas constitucionales. Diálogo indispensable en tanto que el derecho internacional de los derechos humanos en general comparte la naturaleza descentralizada del derecho internacional y carece de un órgano único que defina la interpretación última de los derechos, pero donde las jurisdicciones internacionales de derechos humanos tienen un peso específico y una singular importancia dada su naturaleza y especialización. En su dimensión procesal la subsidiariedad busca, por un lado, garantizar la efectividad de los derechos ahí donde esta sea posible y, por el otro, establecer un marco jurídico procesal que defina los alcances y las limitaciones del propio sistema internacional (29).

III. La doctrina del margen nacional de apreciación

Hemos desarrollado en el apartado I las dos dimensiones del principio de subsidiariedad. Corresponde que en este segundo apartado abordemos el tema específico de la doctrina del margen nacional de apreciación, que en buena medida es un corolario necesario de las tesis antes expuestas y objetivo final de nuestra investigación.

Dedicaremos la primera parte de este apartado a exponer los orígenes históricos y los contenidos básicos de esta doctrina, la segunda a señalar cuáles son sus fundamentos políticos y jurídicos y la tercera a realizar un análisis comparativo de cómo, con base en la adopción o no de esta doctrina, han sido bien diversas las soluciones que a determinadas cuestiones de amplio impacto social han dado la Corte EDH y la Corte IDH.

(23) LÓPEZ LATORRE, Andrés Felipe - IBARZABAL, Milagros, “La Corte de la igualdad”, en SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, p. 465.

(24) “Declaración sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, suscripta por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, el 02/04/2019. Su texto completo puede consultarse en el Anexo II de esta obra.

(25) Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, nro. 1, párr. 91.

(26) Ampliaremos este punto en el apart. 1j) del Capítulo V donde remitimos.

(27) DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, 2007, p. 59.

(28) CAROZZA Paolo, “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 67.

(29) DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, *ob. cit.*, p. 61.

(14) Cfr. CALLEWAERT, Johan, “La Subsidiarité dans L’Europe des Droits de L’Homme: La Dimension Substantielle”; y DE SHUTTER, Olivier, “La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L’Homme: La Dimension Procédurale” ambos en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L’Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, ps. 13-61 y 63-130, respectivamente. En el mismo sentido, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Röss zum 70. Geburtstag* 21. Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 1078.

(15) Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

(16) Cfr. TEDH, Caso Rodríguez Valín contra España, Sentencia del 11 de octubre de 2001, párr. 22.

(17) Señala el art. 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos que “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entienda según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. El art. 46 de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos contiene el mismo requisito y contempla también sus excepciones: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incs. 1, a) y 1, b) del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido el proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o hay sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

(18) Con relación al sistema europeo de Derechos Humanos, sostiene Luzius Wildhaber: “prácticamente todas las garantías convencionales conllevan una obligación positiva e implícita de implantar y hacer efectivos procedimientos que permitan reivindicar a nivel nacional el derecho en cuestión.



III.1. Origen histórico y contenido jurídico de la doctrina del margen nacional de apreciación

La universalidad propia de los derechos humanos requiere de su adaptación a múltiples y variados contextos culturales, históricos, políticos, sociales, jurídicos, económicos, etc. Manteniendo su carácter universal en lo que hace a su contenido esencial, ellos pueden y deben ser adaptados a las circunstancias propias de cada país. Señala al respecto la “Declaración y Programa de Acción sobre Derechos Humanos” elaborados en Viena de 1993 que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Según la doctrina del margen nacional de apreciación (MNA), elaborada por la Corte EDH, debe reconocerse a los Estados partes un cierto grado de libertad y la posibilidad de diferenciación entre ellos en el modo en que cumplen las obligaciones establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por ello, solo corresponderá la intervención subsidiaria de los tribunales regionales y condenar a un Estado a dejar sin efecto una decisión de sus órganos nacionales cuando ella viole de modo claro, manifiesto e incuestionable el contenido esencial de un determinado derecho humano reconocido convencionalmente (30). Un indicio de que estamos ante ese supuesto es que exista en la materia un consenso generalizado entre los ordenamientos jurídicos nacionales en la materia del caso sujeto a la decisión del tribunal regional. La falta de ese amplio consenso inclinará en principio a la Corte EDH a ser deferente con la solución dada al caso en la sede nacional.

Vale la pena que nos detengamos a analizar el significado de los tres términos que integran la expresión “margen nacional de apreciación” (31):

- *Margen*: hace referencia a algo que no está en el centro o núcleo esencial de una realidad, sino en sus contornos o periferias, a algo que, siendo importante y real, es, sin embargo, accidental;

(30) Afirma Sagüés: “La doctrina del margen nacional postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente adonde ella debe aplicarse. Pero tal armonización tiene, desde luego, sus topes. Si en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semiesclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países —especialmente musulmanes— practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos), mal podría argumentarse la doctrina del “margen nacional” para consentir tales violaciones”, SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”,

- *Apreciación*: apreciar es dar valor a algo, incrementarlo, mejorarlo. Así se habla, p. ej., de la apreciación de una determinada moneda. Por otra parte, apreciar hace referencia a aprecio, a una consideración afectiva positiva de una persona o de una realidad. Alude a una mirada singular, atenta a las características y detalles propias de ellas y una valoración positiva de esas singularidades. Se aprecia de modo especial a una persona o a una obra de arte e incluso se habla de la apreciación artística de quien sabe mirar y descubrir lo bello y lo particular de un cuadro, de una escultura, de una pieza musical, de una poesía.

- *Nacional*: alude a lo propio y específico de cada nación, a aquello que no es universal sino propio y característico de ese país, de una determinada comunidad, de su cultura, idioma, idiosincrasia, historia, organización institucional.

El *margen nacional de apreciación* es una doctrina jurídica, un criterio jurisprudencial y una técnica hermenéutica tendiente a que “cuando (los tribunales internacionales) interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales” (32).

La *doctrina del margen nacional de apreciación* varía su alcance de acuerdo con la naturaleza del derecho que se trate y con el contexto histórico por el que atraviesan los diferentes países signatarios del Convenio. Naturalmente hay derechos humanos tales como el no ser privado de la vida arbitrariamente, ni desaparecido, ni torturado o sometido a esclavitud, en donde el margen nacional de apreciación es inexistente y otros, en cambio, en los que, dada la necesidad de la armonización con otros derechos o bienes públicos, se puede admitir un margen nacional de apreciación más amplio.

En este mismo sentido, afirma Néstor Sagüés:

“El ‘*margen nacional de apreciación*’ varía según las circunstancias, las materias y el contexto. Los factores de hecho, así como la naturaleza del derecho garantizado por una convención o tratado (hay, por ejemplo, derechos más prefe-

lus et Praxis, vol. 9, nro. 1, Talca, 2003.

(31) Seguimos en este punto una idea desarrollada en una exposición oral por el Dr. Horacio Rosatti, juez de la Corte Suprema argentina.

(32) SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales...”, ob. cit.

(33) *Ibidem*.

(34) BARBOSA DELGADO, Francisco 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*, nro. 26, 2011, ps. 110-111.

(35) Afirma con lógica Sagüés: “Desde luego, la amplitud de dicho “margen de apreciación” como el acierto de su ejercicio por las autoridades o tribunales de un país, puede

ser ridos, o “rígidos”), son elementos que amplían o reducen la abertura o estrechez del “margen nacional de apreciación”. Otro ingrediente significativo para graduarlo es la existencia, o no, de un “denominador común”, o de “estándares comunes” en los sistemas jurídicos de los países comprendidos por el tratado o convención que enuncia derechos humanos de fuente internacional. Si hay un entendimiento compartido sobre la naturaleza, detalles y dimensiones de un derecho por parte de tales sistemas jurídicos nacionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor “margen de apreciación” para interpretar, moldear o adaptar a dicho derecho. Como técnica de interpretación, la doctrina del margen nacional de apreciación opera fundamentalmente para *limitar* derechos (v. gr., restricciones por razones de utilidad pública, moral pública, interés público), e incluso para suspender derechos (así, los casos de conmoción interior, de peligro público, seguridad nacional, etc.). También puede funcionar como *mecanismo de implementación de derechos*, por ejemplo, para instrumentar los preceptos genéricos de un tratado relativos a crear, por los Estados nacionales, procedimientos judiciales expeditivos para la garantía de los derechos de fondo. Pero también puede actuar como *modo de entendimiento de derechos*, vale decir, como dispositivo para entenderlos, aplicarlos, y correlacionar un derecho con otro” (33).

La *doctrina del margen nacional de apreciación*, cuyo origen está en el Consejo de Estado francés, pero que ha sido acogida y desarrollada especialmente por la Corte EDH (34), es una clave para una adecuada articulación y cohabitación entre los sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos.

La *doctrina del margen nacional de apreciación* puede ser invocada legítima y propiamente por parte de los Estados nacionales a la hora de reglamentar un derecho convencional o por los órganos u órganos regionales a la hora de resolver un caso (35). En cambio, su utilización no es válida al momento de cumplir con una condena decidida por los tribunales regionales.

El modo en que los tribunales regionales acuden a la *doctrina del margen nacional de*

debe estar sometido al control de la autoridad supranacional (cuando ella exista). Esto es una suerte de necesidad jurídica, ya que, de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su “margen nacional de apreciación”. La aplicación irrestricta de la doctrina del margen nacional de apreciación podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo”, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, nro. 1, Talca, 2003.

(36) Cfr. el caso “Lawless”, resuelto por la Corte EDH en 1961. Sobre el contenido y alcance de esta doctrina del

apreciación es expresión jurídica de su postura acerca del alcance de su misión institucional, de la adopción de una postura del *self-restraint* o autolimitación o, por el contrario, de un activismo judicial internacional.

Al emplear la *doctrina del margen nacional de apreciación* los tribunales internacionales no adoptan una postura evasiva del control que ellos deben realizar, sino una actitud de deferencia condicionada hacia los órganos de gobierno nacionales, que es propia de la naturaleza subsidiaria que tienen las normas y órganos internacionales en materia de derechos humanos.

El *margen nacional de apreciación* es una doctrina deferente hacia los Estados nacionales y hacia los diferentes modos en que ellos, protegido el núcleo esencial de cada derecho, pueden regular su ejercicio y su armonización con los otros derechos y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, según lo señala el art. 32 de la CADH. Busca asegurar un “común denominador regional” en materia de derechos humanos, permitiendo a la vez un *numerador* nacional que puede ser bien diverso.

La *doctrina del margen nacional de apreciación* combina elementos sustantivos y de competencia. Resguardado el núcleo esencial de un derecho reconocido convencionalmente (dimensión sustantiva), corresponde a las autoridades nacionales decidir sus aspectos y modalidades periféricos, siempre más debatidos y controvertidos (dimensión competencial), más allá de lo que el juez internacional considere que sería la mejor forma de hacerlo. Intenta evitar que desde los tribunales internacionales sobre derechos humanos se impongan puntos de vista propios de los jueces regionales o de grupos que puedan tener una especial influencia sobre ellos.

Esta doctrina, ya presente en el primer caso decidido en cuanto al fondo por el tribunal europeo (36), ha sido invocado por la Corte EDH también en varios otros casos trascendentes (37).

Continúa en el Diario LA LEY del 22/12/2022

margen nacional de apreciación, pueden consultarse, entre muchas otras, los siguientes trabajos: GANSHOF van der MEERSCH, W. J., “Le caractère “autonome” des termes et la “marge d’appréciation” des gouvernements dans l’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en AA.VV., *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne*, Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988, p. 207; YOUROW, H. C., “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, *Luwer Law International*, The Hague, Boston and London, 1996, p. 196; KASTANAS, E., “Unité et diversité: Notions autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Établissements Émile Bruyant*, Bruxelles, 1996, p. 439.

(37) Remitimos, entre otros a los casos que desarrollaremos en el apart. C) A) de este capítulo.

Edictos

6008/2022. GARCÍA DE DUNO, LORENA DEL VALLE s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que GARCÍA DE DUNO, LORENA DEL VALLE, DNI N° 95969924, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del

Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 3 de noviembre de 2022
Luciana Montorfano, sec.
LA LEY: I. 21/12/22 V. 21/12/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que ARTURO XAVIER MAYA NIETO de nacionalidad ecuatoriana con

95.709.519 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. JHON ALEXANDER SILVA SÁNCHEZ de nacionalidad peruana con DNI N° 93.779.031 según Exp. N° T1986/2022 “SILVA SÁNCHEZ, JHON ALEXANDER s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, debe-

rá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 26 de septiembre de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. LAURA JUDITH VIERA

ZAVALA de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.809.039 según Exp. N° 12871/2022 “VIERA ZAVALA, LAURA JUDITH s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 3 de octubre de 2022
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Flores Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

Semana de la Academia Nacional de Derecho

Doctrina

Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación



Alfonso Santiago

Miembro titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional. Abogado y doctor en Derecho (UBA). Catedrático (Univ. Austral). Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Continuación del Diario La Ley del 21/12/2022

Puede mencionarse también que los 47 Estados integrantes del SEDH han decidido incorporar expresamente a la CEDH el principio de subsidiariedad y la doctrina del margen nacional mediante la ratificación del Protocolo 15. El art. 1º de dicho Protocolo ha añadido al *preámbulo* de la CEDH el siguiente texto:

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”.

De este modo, una doctrina jurisprudencial de la Corte EDH está ya expresamente reconocida en un texto convencional.

En el ámbito del SIDH, la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica, si bien en sus inicios aludió a esta doctrina (38), luego no la ha utilizado mayormente. Incluso hay opiniones que rechazan con claridad que se la adopte (39). Afirma al respecto Gisela Ferrari:

(38) Cfr. la Opinión Consultiva 4/84, TR LALEY AR/JUR/2827/1984, en la que se afirma que los fines y valores que promueve la CADH “adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”. Implícitamente, también la Corte IDH ha seguido esta doctrina en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, sobre la convencionalidad de la prohibición de candidaturas electorales independientes de los partidos políticos.

(39) Ha sostenido el doctor Antonio A. Cançado Trindade que “la doctrina del llamado ‘margen de apreciación’ floreció [...] en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como una deferencia a la supuesta ‘sabiduría’ de los órganos del Estado en cuanto a la mejor manera de dar efecto a las decisiones de los órganos convencionales de protección en el ámbito del derecho interno. Esta doctrina presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo [...]. Esta doctrina solo podría haberse desarrollado en un sistema europeo de protección que se creía ejemplar, propio de una Europa occidental (antes de 1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común [...]. Ya no se puede presuponer, con la misma seguridad aparente del pasado, que todos los Estados que integran su sistema regional de protección sean verdaderos Estados de Derecho. Siendo así, la doctrina del ‘margen de apreciación’

“La Corte hizo alusión por primera vez al margen nacional de apreciación en la OC 4/84 sobre *Propuesta de modificación*. El tribunal reconoció que un margen está reservado a los Estados en el establecimiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad; así, sostuvo que la conclusión a la que había llegado tenía “especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla (40). Sin embargo, la utilización de la doctrina en el sistema interamericano ha sido restringida (41). La Corte ha sido cautelosa al invocarla: no la ha definido expresamente, ni la ha mencionado puntualmente en casos contenciosos —excepto para ponerle límites— (42) (43). Del mismo modo, en la OC 4/84 sobre *Propuesta de modificación*, la Corte aclaró en seguida que “de ningún modo” podía interpretarse que su conclusión sea “una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados” (44). En similar sentido, Faúndez ha sostenido que “la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con re-

pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente, tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (“El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 386).

(40) Corte IDH, “Propuesta de modificación...”, ob. cit., párr. 62. En la misma opinión consultiva, sostuvo en similar sentido que, al analizar si se está en presencia de una situación de discriminación, “es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso” (párr. 58). Asimismo, afirmó que “no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense” (párr. 59).

(41) *Ibidem*, p. 108. Con respecto al Estado argentino, Elías y Rivera sostienen que “[n]o existen casos (...) donde la Corte IDH haya citado explícitamente la doctrina del margen nacional de apreciación. Sin embargo, en el caso Cantos la

celo, por lo menos— con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones” (45). Así, algunos autores observan que la Corte, al aplicar el test de proporcionalidad, en la práctica ha reconocido un margen de apreciación del Estado en ciertos casos —a pesar de que lo ha hecho dentro de estrictos límites y de que su uso no ha sido explícito— (46) (47).

Más allá de esta cierta reticencia de la Corte IDH y de parte de la doctrina hacia la adopción de la *doctrina del margen nacional de apreciación* en el ámbito interamericano, nos parece que el *principio de subsidiariedad*, la necesidad de evitar conflictos innecesarios con los Estados partes y el progresivo despliegue institucional y jurisprudencial de la Corte IDH requerirá la adopción y desarrollo de la *doctrina del margen nacional de apreciación* por parte del tribunal regional interamericano.

En este sentido, cabe señalar que la necesidad de receptar la *doctrina del margen nacional de apreciación* ha sido expresada recientemente en el “Documento sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” suscripto por

Corte —en *obiter dictum*— insinuó la existencia de cierto margen nacional de apreciación respecto del derecho al acceso a la justicia”. ELÍAS, José Sebastián - RIVERA (h), Julio César, “La doctrina del margen nacional de apreciación en el caso argentino”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 105.

(42) Por ejemplo, en Herrera Ulloa expresó que “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio [del recurso ordinario eficaz que contempla el art. 8.2], no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo” (Corte IDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, párr. 161).

(43) Cfr., SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, La Ley, Buenos Aires, 2008, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

(44) Corte IDH, “Propuesta de modificación...”, ob. cit., párr. 62. Además, la Corte había detallado previamente, en el mismo documento, que “no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la

cinco países el 02/04/2019. Allí se señala que los estados firmantes:

“Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y *del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención*. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano solo tienen efectos para las partes del litigio.

Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho”.

III.2. Los fundamentos de la doctrina del margen nacional de apreciación

Los fundamentos jurídicos, políticos e institucionales de la *doctrina del margen nacional de*

reglamentación de la nacionalidad no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos” (párr. 33). Este último criterio fue reiterado en “Castillo Petrucci y otros v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 101; “Ivcher Bronstein v. Perú (Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 88.

(45) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, p. 63.

(46) BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el estado de Derecho y la sociedad democrática”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, ps. 59-60 (analizando, entre otros, los casos *Perozo v. Venezuela*, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador*, y *Castañeda Gutman v. México*). Ver, también, LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., “La doctrina del margen nacional de apreciación. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, *Lex*, vol. 15, nro. 19, 2017, ps. 53-76.

(47) Cfr. FERRARI, Gisela, “El nacimiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos” en SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, 2018, p. 56.

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1



apreciación son múltiples y variados. Expondremos los que entendemos son los principales:

III.2.a. El pluralismo jurídico y constitucional

Por diversas consideraciones políticas y jurídicas y por las exigencias del principio de subsidiariedad, el derecho internacional de los derechos humanos no puede ser considerado como un monismo jurídico centralizador y uniformador de los distintos sistemas jurídicos y constitucionales nacionales. Su misión es señalar estándares mínimos crecientes, pero dejando también la necesaria autonomía a los ordenamientos jurídicos de los Estados partes para reglamentar los derechos humanos.

No hay soluciones convencionales únicas, claras y distintas para cada una de las problemáticas que plantea la protección y armonización de los derechos humanos. Es legítimo, realista y muy positivo una diversidad de soluciones acordes a las propias realidades nacionales de cada Estado. Afirma Néstor Sagüés que “la legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional” (48).

Reafirmando este principio, cinco Estados latinoamericanos han sostenido que “enfatan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho” (49).

Las distintas decisiones relacionadas con la organización de los poderes de los Estados partes, tales como el federalismo, los sistemas electorales, las relaciones con las comunidades religiosas o los procedimientos previstos en la Constitución para remover a los jueces, requieren especialmente del necesario respeto y consideración por parte de los órganos convencionales.

III.2.b. Fundamento convencional

En la regulación convencional de determinados derechos es la propia Convención la que señala que el derecho convencionalmente reconocido se ejercerá conforme a las leyes que establezcan los órganos nacionales.

Así, el art. 14.1 de la CADH establece en relación al derecho de réplica que:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

(48) SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, no. 1, Talca, 2003.

(49) “Declaración sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, suscripta por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, el 02/04/2019. Su texto completo puede consultarse en el Anexo II de esta obra.

(50) MAHONEY, Paul, “The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice”, *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no. 1, 1998, p. 3.

(51) Señala Gisela Ferrari al comentar la OC 6/86 de la Corte IDH que “el tribunal comenzó a destacar desde temprano

También, el art. 15 señala que:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

Por su parte, el art. 17.2 afirma que:

“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 estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Se podrían dar otros ejemplos en donde el propio texto de la CADH remite a las leyes internas para la reglamentación de los derechos humanos convencionales, reconociendo así un margen o ámbito a los órganos nacionales para hacerlo de diverso modo, sin desconocer su contenido esencial.

III.2.c. Deferencias hacia los órganos de origen democrático

En una democracia constitucional corresponde una cierta deferencia hacia las decisiones adoptadas tanto por el Poder Constituyente, como los órganos de gobierno nacionales de base electoral directa y los propios jueces nacionales. Son ellos los que están en mejores condiciones de expresar los consensos democráticos, base de la legitimidad directa de toda decisión política y de toda norma jurídica. Salvo los supuestos en que esas decisiones violen de modo manifiesto el contenido esencial de algún derecho reconocido convencionalmente, no corresponderá la intervención de los órganos y tribunales internacionales.

Sostiene con acierto Paul Mahoney:

“La Convención (europea) está basada en una cierta filosofía política, cual es que la democracia política es el mejor sistema de gobierno para asegurar el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos. Cualquier teoría de interpretación o de revisión por parte de la Corte debe ser compatible con este supuesto básico de la teoría política. En una sociedad democrática pluralista habrá, respecto de varios de los tópicos cubiertos por la Convención, un espectro de opiniones diferentes pero aceptables. En cuanto a esos tópicos, corresponderá a cada sociedad decidir sobre su propia política y luego, sobre los hechos, tratar de hacer justicia en casos individuales. La cuestión sobre la Convención que se presente a la decisión de la Corte frecuentemente será si la opción de las autoridades nacionales (legislativo, ejecutivo o judicial) (...) ha permanecido dentro del espectro permisible” (50).

El art. 32 de la CADH señala que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Esas justas exigencias del bien común han de ser establecidas en primer término a través del procedimiento deliberativo democrático con el que han de ser

la esencial relevancia de la democracia para el bien común de la sociedad y para la plena realización de los derechos humanos. Este esfuerzo de la Corte de enfatizar la importancia de los regímenes democráticos para la protección de los derechos humanos cobra mayor relevancia cuando se lo aprecia a la luz de la realidad política latinoamericana de la época y de la extensión de dictaduras militares en la región. El tribunal reconoció que la democracia representativa constituye un factor determinante en el sistema interamericano, y consideró que “las justas exigencias democráticas” eran una pauta hermenéutica que debía guiar la interpretación de la Convención “en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”. Este criterio de interpretación fue sustancial para la Corte al interpretar el significado

especialmente deferentes los tribunales tanto nacionales como interamericanos, sin por ello claudicar del control constitucional o convencional que le es propio. La doctrina del margen nacional de apreciación posibilita esa deferencia no incondicional hacia los órganos de base democrática directa (51).

En este sentido, han declarado recientemente algunos países latinoamericanos que “consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales” (52).

III.2.d. Deferencia hacia los órganos de gobierno nacionales

Los órganos del SIDH han de tener una natural y necesaria deferencia hacia los órganos nacionales por su mayor cercanía y conocimiento de las circunstancias concretas del caso y del país. Ellos, en general, se encuentran en mejor posición para definir la armonización de los derechos entre sí y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Como señala Barbosa Delgado, “la noción de margen de apreciación del juez nacional se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos” (53).

Solamente cuando la violación del derecho humano sea clara y manifiesta corresponderá la condena del Estado infractor. No cualquier diferencia de criterio denunciada por un particular podrá lugar a la intervención excepcional de los órganos interamericanos

La doctrina del margen nacional de apreciación actúa como un “contralímite” que limita la injerencia de los tribunales internacionales en los ámbitos propios de los estados nacionales

III.2.e. Contenido esencial y zonas periféricas de los derechos convencionales

Al igual que en los derechos constitucionales, en la mayoría de los derechos protegidos convencionalmente cabe distinguir entre un núcleo esencial que será siempre inviolable y ciertas zonas periféricas en donde es posible admitir en su reglamentación una cierta discrecionalidad de los órganos nacionales. Sostiene con acierto Sagüés: “la doctrina del margen nacional de apreciación aclara que en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo ‘duro’, esencial, básico mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencias” (54).

La intervención de los órganos interamericanos solo estará habilitada en los casos en que el contenido esencial de un derecho convencional reconocido en la CADH haya sido violado o desconocido. Si la discrepancia solo tiene que ver con algún aspecto periférico y relativo del derecho convencional no corresponde la intervención de los órganos del SIDH, sino la deferencia hacia las soluciones decididas en la sede nacional.

de la expresión “leyes” en el art. 30 de la Convención, sobre el alcance de las restricciones permitidas al ejercicio de los derechos y de las libertades reconocidas. En efecto, el tribunal afirmó la exégesis debía hacerse a la luz de la voluntad de los Estados americanos de respetar los derechos humanos “dentro del cuadro de las instituciones democráticas”. Así, concluyó que “[l]as leyes a que se refiere el art. 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (...) Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”, “El nacimiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos” en SANTIAAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, 2018, p. 54.

El control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH puede tener diferentes grados de intensidad según se trate de una violación inequívoca del contenido esencial de un derecho o trate de una cuestión más debatible que admite diversas posibilidades de armonización con otros derechos o bienes públicos. En ese segundo supuesto podemos de un *soft control* o deferencia hacia la solución adoptada por el Estado parte.

III.2.f. Diversidad de características y circunstancias históricas, políticas, sociales, culturales y económicas por la que atraviesan los países

Las diversas idiosincrasias y los distintos avatares históricos por los que atraviesan o han atravesado los distintos países de la región reclama que esas circunstancias sean tenidas en cuenta por los órganos y tribunales interamericanos. Así, en materia de libertad religiosa, son diversas las circunstancias de países que han adoptado en sus constituciones un modelo más bien laicista, como México y Uruguay, respecto de otros con posturas de una laicidad positiva, como Argentina, Perú o Colombia. No son las mismas las circunstancias de un país que ha atravesado por procesos de guerra civil o de una transición democrática, que aquellos que tienen sistemas democráticos más estables y consolidados. Son diversos los grados de integración social, cultural y político de cada una de las naciones del SIDH y ello puede condicionar en alguna medida la legitimidad o no de una determinada regulación de un derecho humano.

Lógicamente estas circunstancias nunca justificarán la violación del contenido esencial de un derecho convencionalmente reconocido.

III.2.g. Autolimitación, modestia y minimalismo judicial

Los jueces interamericanos, como los jueces nacionales, han de ceñir su función a la resolución de casos concretos, en el caso de la CIDH y de la Corte IDH sobre violación a los derechos humanos reconocidos en la CADH.

Por lo tanto, han de guiarse con los principios de *self-restraint* o de autolimitación, aun en mayor medida que los jueces nacionales. Si no lo hacen, pueden invadir ilegítimamente competencias y atribuciones de los otros órganos de gobierno de una democracia constitucional.

La CIDH y la Corte IDH habrán de evitar la *hybris* o desmesura institucional de convertirse en un tribunal que, excediendo su competencia, pretenda solucionar los problemas institucionales, políticos y jurídicos de la región o intervenir de modo anticipado e invasivo en las complejas cuestiones que se debaten en nuestros países. Es bueno recordar en este punto el criterio del minimalismo judicial, postura que Sunstein propone a los tribunales cuando tienen que resolver cuestiones extremadamente debatidas en la sociedad (55).

La Corte IDH, al tener pocos casos, parece tener en ocasiones la tendencia a querer resolverlo todo en uno; por tanto, sus sentencias contienen abundantes argumentos que no siempre hacen referencia directa al tema central a decidir. El minimalismo, por el contrario, procura restringirse al caso concreto, antes que arriesgarse a dar soluciones prematuras en te-

(52) “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, suscripta por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, el 02/04/2019 [ver pto. VI, Anexo I, al final de este artículo].

(53) BARBOSA DELGADO, Francisco 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, 2011, p. 111.

(54) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La Constitución bajo tensión”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 422.

(55) SUNSTEIN, Cass R., “One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court”, Harvard University Press, 2001.

mas difíciles (56). La clave para evitar la *hybris* es lo que Sunstein llama *modestia judicial* (57).

Los órganos del SIDH están llamados a conocer y resolver casos concretos, todos ellos rodeados de singularidad, complejidad y características propias y específicas (58). Por ello, no sería una buena técnica jurídica, al resolver un determinado caso, querer siempre fijar estándares y criterios generales que debieran ser seguido necesariamente por otros Estados partes que no han integrado el proceso judicial interamericano. Solo en contadas ocasiones ello resulta prudente y adecuado.

La experiencia ha demostrado que la violación a los Derechos Humanos procede ordinariamente de las autoridades nacionales. Por eso, una vez agotadas las instancias locales sin haber obtenido la adecuada tutela o reparación a esas violaciones, procede la intervención de los organismos y tribunales internacionales (59). Esta posibilidad es positiva y puede ser eficaz para el logro de la plena vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, requiere de la necesaria prudencia y autolimitación por parte de las instancias internacionales, pues de lo contrario se podría dar un traspaso indebido de poder político para la adopción de decisiones en temas conflictivos que pertenecen y son, inicialmente, propias del ámbito de competencia local.

III.2.h. Carácter convencional, limitado y subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha de respetar su carácter complementario y subsidiario (60). Solamente las graves y manifiestas lesiones a los derechos constitucionales a las que no sea posible encontrar reparación en el orden nacional justificarán la intervención acotada de los órganos internacionales. Por otra parte, estas intervenciones excepcionales deberán hacerlo respetando en todos los casos el principio del margen nacional de apreciación.

No respetar estas pautas, no adoptar un cierto *self-restraint* por parte de los tribunales internacionales, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos sean adoptadas en sede internacional, cuando por su propio contenido están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional (61). El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede

realizar una entidad menor, armoniza también mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticas de los organismos y tribunales internacionales suelen ser más bien reflejas y secundarias. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se les presenta a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta "sobreconventionalidad" que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos invade los ámbitos de competencia propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional (62).

No todas las cuestiones jurídicas y políticas han de ser resueltas por el derecho internacional a nivel regional o regional, que siempre tiene un carácter convencional, limitado y subsidiario. El derecho internacional no está llamado a ocuparse y resolver todas las cuestiones jurídicas, sino únicamente aquellas que no pueden resolver los Estados por sí mismos y que le hayan sido especialmente asignadas por ellos al momento de la firma de un Tratado. Existe una división también vertical de distribución de materias y competencias que ha de ser lúcida y escrupulosamente observado por los tribunales y organismos internacionales. Las directivas del principio de subsidiariedad refuerzan estas pautas y criterios orientadores de la actividad de los tribunales internacionales.

Todas estas razones otorgan sólidos fundamentos a la doctrina del margen nacional de apreciación y alientan a los tribunales internacionales a su utilización en la resolución del creciente número de casos que llegan a su jurisdicción.

III.3. Análisis comparativo entre las decisiones jurisprudenciales de la Corte EDH y la Corte IDH con relación al margen nacional de apreciación

En este apartado nos proponemos analizar algunos casos relevantes de la Corte EDH en lo que acudió a la doctrina del margen nacional de apreciación para luego compararlos con otras decisiones de la Corte IDH, algunas de ellas sobre cuestiones similares (63).

III.3.a. Casos de la Corte EDH

Reseñando los primeros casos en los que la Corte EDH comenzó a emplear la doctrina del

margen nacional de apreciación, afirma Francisco Barbosa Delgado:

"La aparición de esta doctrina que reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos surgió en el derecho administrativo francés y luego fue utilizada por la TEDH a través de la interpretación del art. 15 de la CEDH que establezca la posibilidad de suspender ciertos derechos por virtud de un peligro público. Después, en el caso de la *escuela lingüística belga contra Bélgica* en el año 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el TEDH recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales "las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención". Ulteriormente, se profirió el caso *Lawless contra Irlanda*, en el cual la CEDH indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación. Es en el año de 1971 cuando el TEDH utiliza por primera vez la expresión "margen nacional de apreciación" en el caso *De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*, en el cual indica que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no vulneró el art. 8.2 de la CEDH, toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros" (64).

Luego de estos primeros casos, la Corte EDH continuó acudiendo y desarrollando progresivamente esta doctrina. A continuación reseñaremos con alguna extensión diez de los principales fallos en los que el tribunal regional europeo fundó su decisión en esta doctrina (65).

a) Caso *Handyside c. Reino Unido* [1976]

En 1970 Richard Handyside compra los derechos del libro "The Little Red Schoolbook", para luego en 1971 publicar una edición para su comercialización, dirigida a adolescentes y escolares a partir de los 12 años. La obra trataba sobre temas como "anticonceptivos, masturbación, aborto, pornografía, homosexualidad", entre otros. Handyside realiza anuncios de prensa en distintos medios, como "Sunday Times" y "Daily Mirror", quienes luego de conocer el contenido de la obra anuncian que harían gestiones ante el *Director of Public Prosecutions* para reclamar medidas contra la difusión del libro, fundándose en el art. 4 de la ley 1959 sobre publicaciones obscenas. Allí se establecía que, si un juez

sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá —*ab initio*— de la ejemplaridad de ellas. A mayor legitimidad de tales Fallos mayor posibilidad de acompañamiento", SAGÜÉS, Néstor, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", *Ius et Praxis*, vol. 9, no. 1, Talca, 2003.

(62) Un claro conflicto entre instancias nacionales e internacionales en el ámbito del derecho comparado, se ha dado en Alemania con motivo de la sentencia de la Corte Constitucional alemana del 14/10/2004, que relativizó el alcance de lo decidido en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trataba de un caso en que un menor había sido dado en adopción por su madre, sin el consentimiento de su padre y cuando este último aún no había reconocido su paternidad. El padre impugnó sin éxito dicha adopción en el orden interno. En cambio, su petición fue acogida por la Corte EDH. Sin embargo, cuando quiso hacer valer esa decisión en el orden interno, los tribunales alemanes se opusieron a ella alegando que el cumplimiento de la sentencia implicaría violar garantías reconocidas constitucionalmente. La Corte Constitucional señaló que, si bien las normas internacionales forman parte del derecho interno alemán, ellas no gozan de una jerarquía constitucional. Las decisiones de los tribunales internacionales deben ser llevadas a la práctica por los tribunales locales siempre y cuando su cumplimiento no signifique una violación a las normas constitucionales alemanas y, cuando ello sea necesario, con las debidas adaptaciones al sistema jurídico nacional. Ello ocurre particularmente cuando se trata de resolver conflictos no entre un Estado y sus ciudadanos, sino, como en este caso, entre los intereses particulares de sus propios ciudadanos. Más allá de esta falta de seguimiento en el caso concreto de lo decidido por la Corte EDH, el tribunal constitucional alemán señaló que en futuras senten-

reconoce que existen motivos razonables para considerar un libro como artículos obscenos y publicados con fines lucrativos, podrá ordenar a la policía secuestrarlos y retirarlos de circulación. Con base en esa disposición legal se dictó un orden de registro y se incautaron 1069 ejemplares de la obra que, luego de la sentencia de octubre de 1971, fueron destruidos.

El 29 de junio de 1971 Richard Handyside se presentó ante la *Magistrates Court de Lambeth* y el 1 de julio fue sancionado por aplicación del art. 2.1 sobre publicaciones obscenas. Esta norma establecía que cualquier persona que publique un artículo de carácter obsceno con la finalidad de obtener ganancia sería castigada. Handyside apeló ante el *Inner London Quarter Session* en octubre, con base en el art. 4 de la ley 1959. Este artículo establecía que nadie sería condenado si se determina que el bien público justifica la publicación del artículo o que ella tiene como finalidad otros objetivos de interés general. También invocó el art. 10 del CEDH sobre la libertad de expresión que indicaba que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas a su vez, alegó violación al art. 1 del Protocolo N° 1 de la CEDH que indicaba que "toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causas de utilidad pública".

Su apelación no prosperó, ya que el libro fue considerado obsceno por el tribunal inglés, principalmente por estar dirigido a menores que atravesaban una fase de desarrollo crucial donde podrían ser perturbados y corrompidos por la obra, con el consecuente perjuicio para ellos. A su vez, se consideró que el libro ponía en duda figuras de autoridad, perjudicando la relación profesor-alumno. Se argumentaba también que, si bien contaba con información útil sobre enfermedades o anticonceptivos, ello no bastaba para compensar lo que, según el tribunal, tenía a corromper a los jóvenes, ya que carecía de información preventiva al hablar de actos ilícitos como "fumar hachís" o sobre las relaciones sexuales con menores de edad. De esta forma, el interés público del libro alegado por el demandante quedaba desvirtuado, incumpliendo así con una de las condiciones para un ejercicio responsable de la libertad de expresión. Por estas razones, la *Inner London Quarter Session* rechazó la apelación de Handyside. Para poder continuar con la publicación del libro, este debió ser censurado, siendo publicado nuevamente el 6 de diciembre de 1972.

cias análogas los tribunales nacionales deberían tener especialmente en cuenta la doctrina de la Corte Europea.

(63) Sobre el punto puede verse también con provecho CANDIA, Gonzalo, "Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights", en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406705. En el abstract de este trabajo se puede leer: "The European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights have different approaches at the time of applying the margin of appreciation in cases involving the lack of regional consensus. While the European court shows a degree of discretion to states' policies in areas of social disagreement, the Inter-American court does not. This is grounded both in history and politics. In this respect, the European court -with all its inconsistencies- has always looked at itself as a supranational tribunal with subsidiary jurisdiction. On the contrary, the Inter-American court, by adopting an aggressive standard of review, ignores the need of judicial deference. This is consistent with the desire of many academic and scholars who seek to transform this tribunal into the new constitutional court of the Americas. In this context, the margin of appreciation has little to say".

(64) BARBOSA DELGADO, Francisco 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, 2011, p. 111.

(65) Agradezco muy especialmente los aportes realizados por Camila Nazarena Ramunni, Milagros Jarzun Dagum, Julieta Beatriz Berger, María Trinidad Martín Vera y María Constanza Quiñones, alumnas de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, en la reseña de los fallos de la Corte EDH y de Corte IDH desarrollados en este capítulo.

(56) SUNSTEIN, Cass R., "Testing Minimalism: A Reply", 104 Mich. L. Rev. 123, 2005, Available at: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>.

(57) SUNSTEIN, Cass R., "Incompletely Theorized Agreements", 103 Harv. L. Rev. 1733, 1995.

(58) Acerca de los fundamentos prácticos de la doctrina del margen nacional de apreciación en el ámbito europeo, afirma Luzius Wildhaber: "este campo de discreción en un elemento necesario inherente a la naturaleza de la competencia internacional cuando se aplica a los Estados democráticos que respetan la preeminencia del derecho. Traduce el aspecto práctico en el sentido de que las autoridades nacionales están próximas a los acontecimientos, y de que una jurisdicción internacional, cuya competencia se extiende a cuarenta y tres Estados que agrupan una población de 800 millones de habitantes, se encuentra pura y simplemente en la imposibilidad física de funcionar como un tribunal de hechos. Esta es la razón de que el Tribunal haya dicho que deberá mostrarse prudente cuando asuma el papel de tribunal de primera instancia llamado a conocer los hechos. No entra en sus atribuciones sustituir en la materia su propia visión por aquella de las jurisdicciones internas. Incluso si no está ligado por las verificaciones de los hechos de estas, deberá poseer los datos convincentes para poder apartarse del tema", WILDHABER, L., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro", Conferencia pronunciada en el tribunal constitucional español, 7 junio de 2002

(59) En su sentencia del caso del Tribunal Constitucional (*Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano*) vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71), sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos".

(60) Ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia del caso "Handyside" de 1976 que "el Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre" (párr. 48).

(61) Pasando revista a los posibles desvíos que podrían darse en el funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales, señala Sagüés: "Los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente 'desde' tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos. También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir con responsabilidad y tino las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia. En otro sentido, un tribunal internacional, animado con las mejores intenciones, puede emitir sentencias por cierto bien intencionadas, pero cuyas secuelas quizá no se han medido con la cautela del caso. Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional actúe incorrectamente con el texto que debe interpretar, minimizando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo. Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de este. Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de



En 1976 Richard Handyside demandó al Reino Unido ante la Corte EDH. El tribunal regional rechazó la demanda por considerar que la decisión judicial inglesa estaba justificada por el contexto social y la moral pública propia de ese país. Se dijo que el Estado estableció legítimas restricciones a la libertad de expresión para la adecuada tutela de la moral pública en una sociedad democrática, protegiendo a niños y adolescentes de algo que era considerado muy perjudicial para ellos. Así, el tribunal regional convalidó la sentencia de *Inner London Quarter Session* y aprobó la nueva edición que fue difundida libremente.

En relación con la doctrina del margen nacional de apreciación, tanto el gobierno inglés como la mayoría de la Comisión concordaron en que la función de la Corte EDH consistía únicamente en verificar si los tribunales ingleses habían actuado de buena fe, de forma razonable y dentro de los límites del margen de apreciación consentido a los Estados contratantes por el art. 10.2. Se señaló que las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para valorar y resolver las cuestiones planteadas en el caso.

Se interpretó que el art. 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación, concedido al legislador nacional y a los demás órganos estatales, especialmente a los jueces, para interpretar y aplicar las leyes sobre libertad de expresión. Sin embargo, esto no implica atribuirle a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación, sino que el tribunal regional tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión protegida por el art. 10.

De esta forma, la doctrina del margen nacional de apreciación está íntimamente ligado con la función de supervisión europea encomendada al tribunal regional. En concreto en este caso implicaba prestar atención extrema a los principios propios de una "sociedad democrática" a los que alude el art. 10.2. El tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino valorar, desde la perspectiva del art. 10, la legitimidad de las decisiones dictadas por los jueces nacionales. A juicio de la Corte EDH, en el caso la decisión del tribunal inglés era válida por adoptar una interpretación posible de las limitaciones a la libertad de expresión contempladas en el art. 10 de la CEDH.

Por ser la primera sentencia en que la Corte EDH comienza a desarrollar la *doctrina del margen nacional de apreciación* en relación con la libertad de expresión, tal vez valga la pena transcribir textualmente algunos de los párrafos en los que la esboza:

- "Según el Gobierno y la mayoría de la Comisión, el papel del Tribunal consiste únicamente en verificar que la jurisdicción inglesa ha obrado de buena fe, de manera razonable y en los límites del margen de apreciación consentido a los Estados contratantes por el art. 10.2. Para la minoría de la Comisión, por el contrario, el Tribunal no debe controlar la sentencia de los *Inner London Quarter Sessions*, sino examinar directamente el *schoolbook* a la luz del Convenio y exclusivamente a su amparo" (Consid. 47, 2º párr.);

- "Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la "necesidad (...) de una restricción o sanción" destinada a dar una respuesta a ello." (Consid. 48, 2º párr.);

- "El art. 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional ("previstas por la ley") y a los órga-

nos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor." (Consid. 48, 3º párr.);

- "El art. 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación (...) el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el art. 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su "necesidad". Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente" (Consid. 49);

- "El Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar, desde la perspectiva del art. 10, las decisiones dictadas en el ejercicio de su poder de apreciación... Debe contemplarlas a la luz del conjunto del asunto, comprendiendo en ello la publicación de que se trate y los argumentos y medios de prueba invocados por el demandante en el orden jurídico interno, y después en el plano internacional. Incumbe al Tribunal determinar, sobre la base de los distintos elementos a su alcance, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas de "injerencia" que adoptan son pertinentes y suficientes a la vista del art. 10.2" (Consid. 50).

b) Caso *Sunday Times c. Reino Unido* [1979]

Tres años después un nuevo caso inglés relativo a la libertad de expresión llegó a la instancia de la Corte EDH. Nuevamente el tribunal regional acudió a la doctrina del margen nacional de apreciación para resolverlo, pero, esta vez, condenó al gobierno inglés.

Entre 1958 y 1961 la *Distillers Company Limited* vendió en el Reino Unido sedantes que contenían *talidomida* a mujeres embarazadas. La compañía, antes de poner el producto en el mercado, no había llevado a cabo las investigaciones correspondientes para asegurar que ese medicamento no producía ningún efecto negativo en el cuerpo del ser humano. A partir de su consumo, un gran número de niños nacieron con severas malformaciones, como consecuencia del consumo del fármaco mientras la mujer llevaba el embarazo. En 1962 se retiró de la venta, pero ya se habían producido un total de 450 nacimientos con niños que padecían alguna malformación.

Este fármaco ya había sido utilizado previamente en Alemania, pero la compañía prestó poca atención a las pruebas allí realizadas. Ante las repercusiones sociales de los efectos dañinos de ese fármaco, los medios de prensa comenzaron a preocuparse de la cuestión. Fue a partir de 1962 que los padres de 70 niños afectados presentaron demandas frente a la compañía alegando que la compañía "había incurrido en negligencia al producir, fabricar y comercializar los medicamentos y exigían responsabilidades" (66).

A partir de 1967 comenzaron a aparecer cada vez más artículos y comentarios en la prensa acerca de esta dolorosa situación. El "Sunday Times", uno de los principales diarios ingleses, criticó varios de los acuerdos extrajudiciales entre la compañía y los padres, debido al poco dinero que la compañía ofrecía, cuando en realidad contaba con recursos para ofrecer indemnizaciones mucho mayores.

Momento cúlmine del conflicto fue la publicación de una nota sobre la cuestión que llevaba el título el siguiente título: "Nuestros niños, víctima de la talidomida: una vergüenza para el país". En esa nota el periódico llevó a cabo un análisis de los acuerdos, calificándolos como "grotescos", a la vez que criticaba "el otorgamiento y el cálculo de las indemnizaciones

por los daños corporales, deploraba el tiempo transcurrido desde los nacimientos e invitaba a la *Distillers* a presentar una oferta más generosa" (67). Una nota a pie de página disponía que pronto el periódico publicaría una nota donde analizaría la historia de esta tragedia. Ante ello la *Divisional Court* de la *Queens Bench* expidió una orden, prohibiendo la publicación de ese artículo periodístico, dado que se trataba de un presunto desacato al tribunal que entendía en el caso.

Así se inicia el procedimiento judicial ante los tribunales ingleses, en el que las autoridades del diario pedían el levantamiento de la prohibición de publicación del artículo, alegando la vulneración del art. 10 del CEDH. En primera instancia no se hizo lugar a ese pedido, sí en segunda instancia, pero finalmente la Cámara de los Loes ordenó al Fiscal General que se mantenga la prohibición de publicación de esa noticia. Ante esa decisión, los actores inician el proceso ante la Corte EDH.

El tribunal regional analiza en su sentencia el art. 10 del Convenio, que enuncia el derecho a la libertad de expresión, comprendiendo tanto la libertad de enunciar la opinión, como la de recibir información, sin ningún tipo de intervención de las autoridades públicas. Su párrafo segundo establece que este derecho puede ser sometido a ciertas "formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, integridad territorial..." (68).

En el fallo se analiza primero si estamos ante un supuesto de limitación a la libertad de expresión que estuviese "previsto en la ley". El gobierno del Reino Unido entiende que la posibilidad de esa prohibición estaba prevista de forma implícita, pero la Corte sostiene que había imprecisiones en relación a esta restricción. El tribunal europeo reconoce que la expresión "ley" alude tanto al derecho escrito como al no escrito, pero dentro de ese concepto hay dos elementos de importancia: primero, que debe ser accesible y, segundo, debe estar formulada con suficiente precisión que le permita al ciudadano comprenderlo.

El gobierno inglés impuso la prohibición de publicación, no solo por la falta de respeto a los tribunales, sino también por el temor a que los ciudadanos tomen partido de forma prematura en la cuestión planteada. Basados en el principio de "juicio previo", la Corte entiende que la injerencia estaba "prevista en la ley" a tenor del art. 10.2. Asimismo, respondía a un fin legítimo, dado que pretendía proteger la imparcialidad de los jueces.

Si bien la Corte EDH entiende las razones invocadas por el Reino Unido para el dictado de esa medida restrictiva de la libertad de expresión, afirma que esa injerencia no era estrictamente "necesaria" en una sociedad democrática y, por ello, concluye que en el caso se violó el art. 10 del CEDH.

La sentencia sostiene que la prohibición al periódico *Sunday Times* de publicar esa nota afectaba a todos los demás medios de comunicación y que la publicación de los artículos no producía ningún tipo de aumento en las presiones sociales ejercidas sobre la compañía *Distillers*. La Corte entiende que el artículo se expresaba "en un tono moderado, presentaba pruebas que no beneficiaban a todas las partes y no adelantaba una única solución posible por el tribunal" (69). Por ello se concluye que su publicación tampoco habría llegado a tener consecuencias negativas sobre las autoridades del Poder Judicial.

El gobierno inglés buscó poner por encima de la libertad de expresión la buena adminis-

tración de justicia. Empero, la libertad de expresión es uno de los derechos que caracteriza a una sociedad democrática.

A los medios de comunicación les corresponde llevar a cabo los informes acerca de los asuntos y cuestiones que están por llegar a las cortes. No solo se trata del derecho de poder expedirla, sino que también se trata del derecho de recibirla. Hay que considerar que se trataba de un asunto de interés público, donde las personas tenían el derecho de recibir información acerca del asunto para también prevenir el consumo del fármaco.

La Corte EDH acude en su fallo a la doctrina del margen nacional de apreciación en la interpretación que realiza del art. 10.2 sobre posibles restricciones a la libertad de expresión. La Corte entiende que de acuerdo con este artículo los Estados cuentan con un margen de apreciación que les permite a los jueces y legisladores interpretar los textos convencionales vigentes, pero esa facultad no es un poder ilimitado. Afirma que ella "es competente para estatuir, mediante una sentencia, sobre si una restricción (...) se puede conciliar con la libertad de expresión tal y como la protege el art. 10.2" (70). Sostiene que el control de la Corte EDH se aplica tanto en la legislación escrita, como en las resoluciones que los tribunales expiden. Afirma que hay un consenso en cuanto a lo que significa el derecho a la libertad de expresión y que las causales de excepción que permiten su limitación tienen que ser interpretadas de forma restrictiva. El margen de apreciación con el que cuenta las legislaturas nacionales para expedirse sobre esas limitaciones no es tan amplio como en otros asuntos, ya que se debe atener a determinados principios aceptados por toda la comunidad de los Estados partes del Convenio.

c) Caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria* [1994]

En mayo de 1985, el *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung*, organización sin fines de lucro situada en la ciudad de Innsbruck, Austria, dedicada a la comunicación y entretenimiento audiovisual anunció, mediante la difusión de boletines informativos, la proyección —en seis ocasiones— de la película *Das Liebeskonzil* (Concilio en el cielo) en un cine local, accesible al público en general.

La película presentaba de modo explícito y directo a la Sagrada Familia de forma blasfema y sacrílega, afectando gravemente los sentimientos religiosos de los fieles cristianos. Los boletines expresaban asimismo que el *film* era apto para mayores de 17 años.

A pedido de la diócesis de Innsbruck de la Iglesia Católica, el fiscal competente instruyó un proceso penal contra Dietman Zingl, el manager del Instituto, imputándole "acciones despectivas contra doctrinas religiosas", delito tipificado expresamente en el art. 188 del Cód. Penal de Austria, incautando el *film* e impidiendo su exhibición. La institución afectada presentó el caso ante la Corte EDH.

El tribunal regional resolvió que Austria no violó la libertad de expresión del Instituto. Para así decidir analizó dos cuestiones:

a) si el respeto por los "sentimientos religiosos" del público en general era un objetivo legítimo que puede ser invocado por el estado para impedir la proyección de la película; y

b) si la censura de la película era "necesaria en una sociedad democrática", para lo que, a su vez, consideró si la incautación del *film* era una *necesidad social acuciante*; si hubo *razones relevantes y suficientes* para llevarla a cabo; y si fue una *medida proporcionada para el objeto perseguido*.

A criterio de la Corte EDH la medida adoptada por las autoridades austríacas para satisfacer todos estos estándares.

(66) <http://lawcenter.es/w/file/download/66069, consultada el 21/07/2019>.

(67) *Ibidem*.

(68) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultada el 21/07/2019.

(69) *Ibidem*.

(70) <http://lawcenter.es/w/file/download/66069, consultada el 21/07/2019>.

d) Caso Frette c. Francia [2002]

El 3 de mayo de 1993 un organismo administrativo “Servicios Sociales de París, el Bienestar del Niño y el Departamento de Salud”, en adelante “Servicios Sociales”, rechazó una solicitud de un ciudadano francés llamado Philippe Frette, en la que pedía autorización para adoptar un niño. “Servicios Sociales” había llevado a cabo una investigación social que incluía entrevistas con psicólogos, cuyo resultado llevó a la conclusión de que, aunque Frette tenía las cualidades personales necesarias para criar a un hijo adecuadamente, no se le podía confiar un niño, puesto que no tenía “ningún modelo estable de rol materno para ofrecer” y existían “dificultades para prever las consecuencias prácticas de la conmoción ocasionada por la llegada de un niño”. El 21 de mayo de 1993 Frette solicitó que se reconsiderara la decisión, pero las autoridades rechazaron su solicitud, alegando que el peticionario no ofrecía las garantías suficientes de una adecuada crianza de un niño debido a su “elección de estilo de vida”.

El 15 de octubre de 1993, el demandante recurrió al Tribunal Administrativo de París para que la sentencia sea revisada. El 25 de enero de 1995, el Tribunal anuló la denegación, porque consideró que la decisión no había sido suficientemente fundada, por haberse basado en una incorrecta valoración de la prueba. Respecto a la condición de soltero de Frette como causa de denegación argumentó que, según las leyes nacionales, ello no podía constituir la única razón de su decisión. Además, sostuvo que de la investigación social no se desprendía ninguna prueba que sustentara la segunda razón dada por Servicios Sociales para negar la adopción. Por último, respecto a lo alegado por las autoridades sobre la falta de garantías suficientes, el Tribunal también rechazó este argumento. Consideró que, con la expresión “estilo de vida”, se estaba haciendo alusión a la homosexualidad de Frette; y afirmó que esto solo podía ser una razón de denegación si se combinaba con “una conducta que es perjudicial para la crianza del niño”. El Tribunal decidió que este requisito no se cumplió en el caso, ya que no hubo ninguna prueba que permitiera siquiera sugerir que el estilo de vida del demandante lo volvía inidóneo para la crianza de un hijo.

“Servicios Sociales” apeló contra esta sentencia ante el *Conseil d’Etat*. Allí, la Delegada del Gobierno, la Sra. C. Mangué, dejó en claro que la discusión no se basaba en las cualidades personales de Frette. Haciendo referencia a otros casos, sostuvo que las cortes francesas no presumían que la homosexualidad volvía incapaz a una persona de ejercer adecuadamente los derechos parentales, sino que el problema giraba en torno a la posibilidad de que esta circunstancia representara un peligro para la salud mental del niño. Por tratarse de una cuestión tan sensible y con implicaciones más sociológicas y éticas que jurídicas, Mangué sostuvo que correspondía al Parlamento tomar la decisión sobre esta cuestión con base en la opinión pública, y que el Tribunal debía abstenerse a tomar dicha decisión y ajustarse a la valoración de la sociedad. En 1996 el *Conseil* anuló la sentencia del Tribunal Administrativo y denegó la adopción.

Estos hechos llevaron a que, el 1 de abril de 1997, Frette recurriera a la Comisión Europea de Derechos Humanos mediante una demanda contra la República Francesa. El demandante alegó que la decisión del *Conseil d’Etat* violaba el art. 8º de la Convención combinado con el 14º, puesto que ella constituía una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, por basarse implícita y únicamente en su orientación sexual. En este sentido Frette argumentó que fue discriminativamente privado del goce del derecho reconocido por el art. 8º.

Frette se refirió a jurisprudencia del tribunal regional en la que se afirmó que, cuando hay una diferencia de trato, esta constituye una dis-

criminación en los términos del art. 14º si “no tiene justificación objetiva y razonable”. El actor argumentó que la presunción según la cual las personas homosexuales no ofrecen garantías suficientes para la adecuada crianza de un niño se basaba meramente en un prejuicio social, cuya irracionalidad había sido demostrada por numerosos estudios científicos. Además, argumentó que no había consenso entre los Estados democráticos sobre la necesidad de prohibir totalmente la adopción a todas las personas homosexuales. De esta manera, llegó a la conclusión de que el *Conseil d’Etat* había violado el art. 14 del Convenio en relación con el art. 8, puesto que su decisión constituyó una diferencia de trato arbitraria, cuyo factor decisivo fue su orientación sexual.

El Gobierno negó que la orientación sexual del sujeto haya sido el único motivo de denegación. También argumentó que, incluso si lo hubiese sido, ello no constituiría una discriminación en contra de Frette, puesto que el factor decisivo de la denegación fue el interés superior del niño, el cual configuraba la base de todo el sistema legal de adopción. Respecto a la falta de consenso entre los Estados democráticos en torno a esta cuestión el Gobierno opinó que, a causa de este hecho, los Estados deberían gozar de un amplio margen de apreciación respecto a la adopción por parte de personas homosexuales. Por estos motivos, negó la violación de dichos artículos de la Convención.

En su sentencia, la Corte EDH observó en primer lugar que la denegación se había basado decisivamente en la homosexualidad del demandante, a pesar de que también se plantearon otros argumentos, que jugaron un rol secundario. A su vez, aseguró que el objetivo perseguido por la denegación, que consistía en el interés superior del niño, era legítimo. La Corte procedió a determinar si existía un justificativo para el trato diferenciado recibido por Frette. En relación con esto argumentó que el derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos reconocidos por el Convenio también era violado cuando los Estados, sin una razón objetiva y razonable, fallaban en tratar de forma diferente a personas cuyas situaciones eran significativamente diferentes. Sin embargo, afirmó que los Estados contratantes gozaban de cierto margen de apreciación para juzgar si y en qué medida las diferencias entre distintas situaciones justificaban un tratamiento distinto por parte de la ley. Sostuvo que, al no existir un terreno común sobre la cuestión entre las legislaciones de los Estados contratantes, correspondía que las autoridades nacionales resolviesen estas cuestiones sociales delicadas gozando de un amplio margen de apreciación, por encontrarse “en mejores condiciones que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales”. Aclaró que este margen no otorga a los Estados la capacidad de actuar arbitrariamente, por lo que “la decisión de las autoridades sigue siendo objeto de revisión por el Tribunal de conformidad con los requisitos del art. 14 de la Convención”.

En relación con el interés superior del niño, el Tribunal dijo que la comunidad científica estaba dividida respecto a las consecuencias psicológicas sufridas por un niño al ser adoptado por una o dos personas homosexuales. A esto sumó el hecho de que había más demanda de adopción que niños por adoptar. Sobre esta base, y teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación que debe dejarse a los Estados en esta área, la Corte consideró que las autoridades francesas tenían el derecho legítimo y razonable a considerar que el derecho de Frette a adoptar estaba limitado por los intereses de los niños elegibles para la adopción, a pesar de las legítimas aspiraciones del solicitante y sin cuestionar sus elecciones personales.

En síntesis, por cuatro votos contra tres, a la Corte EDH le pareció razonable y objetiva la

justificación dada por el Gobierno, y consideró que el trato diferenciado recibido por Frette no resultaba discriminatorio en los términos del art. 14º de la Convención.

e) Caso Leyla Sahim c. Turquía [2004]

La doctrina del margen nacional de apreciación fue nuevamente invocada por la Corte EDH al resolver en 2004 el caso “Sahim”, sobre la prohibición del uso de determinadas vestimentas con connotaciones religiosas en espacios públicos en Turquía, un Estado de mayoría musulmana, pero que en su Constitución ha adoptado un modelo de laicidad. En su sentencia, el tribunal consideró que no era contraria a la libertad religiosa reconocida en el art. 9º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) la normativa emitida por las autoridades turcas, fundada en el principio de laicidad estatal contenido en el art. 2º de la Constitución de ese país, que prohibía a las mujeres el uso del pañuelo islámico en los establecimientos universitarios públicos. Teniendo en cuenta las circunstancias históricas particulares de Turquía, el interés político expresado en su Constitución de implantar la laicidad estatal y el margen de apreciación local para la reglamentación de los derechos humanos reconocidos en la CEDH, el tribunal entendió que las disposiciones legales impugnadas no lesionaban la libertad religiosa de la accionante (71).

La demandante, Leyla Sahin, pertenece a una familia tradicional que practica la religión musulmana y lleva el velo islámico para respetar un precepto religioso. En agosto de 1997, la demandante, estudiante entonces de quinto año de la Facultad de Medicina de Bursa, se matriculó en la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul.

El conflicto se generó en función de una *circular* emitida por el rector de esta última universidad, con fecha del 23 de febrero de 1998, que decía que “En virtud de la Constitución, de la legislación, de los reglamentos, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Comisión Europea de Derechos Humanos y las decisiones adoptadas por los comités administrativos de las universidades, *las estudiantes que lleven la “cabeza cubierta” (llevando el velo islámico)* y los estudiantes que lleven barba (incluidos los estudiantes extranjeros) no deben ser admitidos en los cursos, cursillos y prácticas”. Conforme a esta circular, durante el mes de marzo de 1998, a la demandante le fue negado el acceso a pruebas escritas, a matricularse en una materia, y tampoco fue admitida en clases por llevar el velo islámico.

En julio de ese año, Leyla Sahin presentó un recurso de anulación contra dicha *circular*. Sostenía que esta *circular* y su aplicación constituían un atentado contra los derechos que le garantizaban los arts. 8, 9, y 14 del Convenio, así como el art. 2 del Protocolo núm. 1, en la medida en que, por un lado, la *circular* no tenía base legal y, por otro, el rectorado no disponía de la potestad de reglamentación en la materia. Este recurso fue rechazado por el Tribunal Administrativo y por el Consejo de Estado, por lo que la actora lleva el caso ante la Corte EDH.

Por un lado, la demandante sostuvo que la prohibición del uso del velo islámico en los establecimientos de enseñanza superior constituía un atentado injustificado contra su derecho a la libertad de religión, principalmente a su derecho de manifestar su religión, e invocó el art. 9 del Convenio. Por otro lado, el Gobierno negó que haya habido tal incumplimiento, ya que, en su opinión, no había habido ninguna injerencia e incluso, si la hubiera, habría estado justificada a la vista del apart. 2 del art. 9 del Convenio.

En su fallo la Corte EDH por unanimidad rechaza la excepción preliminar planteada por el gobierno turco en relación a la falta de agota-

miento de los recursos internos, pero, en cuanto al fondo, declara que no ha habido violación del art. 9 del Convenio.

El Tribunal consideró que si bien la libertad de pensamiento, conciencia y de religión consagrada en el art. 9 representa uno de los cimientos de una “sociedad democrática” y uno de los elementos esenciales de la identidad de creyentes y no creyentes y de su concepción de la vida, el art. 9 “no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o una convicción y no garantiza siempre el derecho a comportarse en el ámbito público de manera dictada por una convicción”. Para ello, examina si ha habido injerencia en el derecho de la demandante con base en el art. 9; y si así es, si esta injerencia estaba “prevista por la Ley”, perseguía un fin legítimo y “era necesaria en una sociedad democrática” en el sentido del art. 9.2 del Convenio.

a. Existencia de la injerencia:

En opinión de la demandante, llevar el velo islámico obedece a un precepto religioso; y de este modo manifiesta su voluntad de conformarse estrictamente con las obligaciones de la religión musulmana.

El Tribunal considera que la reglamentación litigiosa, que somete el uso del velo islámico a restricciones de lugar y de forma en las universidades, constituyó una injerencia en el ejercicio de la demandante del derecho a manifestar su religión.

b. Prevista por la Ley:

Sobre este punto, el Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual la expresión “prevista por la Ley” impone no solamente que la medida litigiosa tenga una base en la legislación interna, sino que contempla también la calidad de la ley: debe ser accesible al justiciable y previsible.

En este caso, la *circular* constituye para el Tribunal un texto reglamentario que emana del Rector de la Universidad de Estambul, que disponía de tal facultad.

También agrega que se debe tener en cuenta la doctrina jurisprudencial: existían varias sentencias del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado en las que se sostenía que el *hecho de autorizar* a las estudiantes a “cubrirse el cuello y el pelo con un velo o un pañuelo por razones religiosas” en las universidades era contrario a la Constitución.

Tales sentencias y el texto legal eran accesibles para la demandante, y estaban redactados con la precisión suficiente como para satisfacer la exigencia de previsibilidad. “En efecto, la demandante podía prever, desde el momento de su entrada en la universidad de Estambul, que el uso del velo islámico por parte de las estudiantes estaba reglamentado y, a partir del 23 de febrero de 1998, que corría el riesgo de que se le negara el acceso a las clases si seguía llevándolo”.

c. Fin legítimo:

Teniendo en cuenta las circunstancias de Turquía en el presente caso, y los términos de las resoluciones de los tribunales internos, el Tribunal llega a la conclusión de que la medida en cuestión perseguía esencialmente los fines legítimos *de la protección de los derechos y libertades ajenos y de la protección del orden*.

d. Necesaria en una sociedad democrática:

El Tribunal dice que “para apreciar la “necesidad” de la injerencia, hay que situarla en su contexto jurídico y social y examinarla a la luz de las circunstancias del caso (...). La obligación del Tribunal se limita a determinar si los motivos sobre los que se basa esta injerencia eran pertinentes y suficientes y si las medidas tomadas a nivel nacional eran proporcionadas a los fines perseguidos”.

“Importa, en primer lugar, observar que la injerencia litigiosa estaba basada en dos princi-

(71) Sobre cómo la Corte EDH ha utilizado la *doctrina del margen nacional de apreciación* en relación con temas vinculados a la libertad religiosa, puede consultarse: LEWIS, Tom,

“What not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation”, disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/what-not-to-wear-religious-rights-the-european-court-and-the-margin-of-appreciation/346A916F46AB79AAFB3CADE14EBD01FA>.



prios: la laicidad y la igualdad, que se refuerzan y se complementan mutuamente”.

- La laicidad en Turquía constituía, entre otras, la garantía de los valores democráticos y de los principios de inviolabilidad de la libertad de religión en lo que respecta a la conciencia, y de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley.

- Y el sistema constitucional turco pone el acento en la protección de los derechos de las mujeres. La igualdad entre los sexos ha sido considerada por el Tribunal Constitucional turco como un principio implícitamente contenido en los valores que inspiran la Constitución.

Además, el Tribunal considera que cuando se aborda la cuestión del velo islámico en el contexto turco, no se puede hacer abstracción del impacto que puede tener el uso de este símbolo, presente o percibido como una obligación religiosa, sobre los que no hacen gala de él. Aquí entran en juego la protección de los “derechos y libertades ajenos” y el “mantenimiento del orden público” en un país en el que la mayoría de la población, manifestando una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y a un modo de vida laico, pertenece a la religión musulmana.

Una limitación en la materia puede por lo tanto ser considerada como una “necesidad social imperiosa” para alcanzar estos dos fines legítimos, tanto más cuanto que este símbolo religioso ha adquirido en Turquía en el curso de los últimos años un aspecto político, por los movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas.

La reglamentación litigiosa se sitúa por lo tanto en tal contexto y constituye una medida destinada a alcanzar los fines legítimos enunciados anteriormente y a proteger así el pluralismo en un establecimiento universitario.

Teniendo en cuenta todo lo que antecede y principalmente el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes, el Tribunal concluye que la reglamentación de la Universidad de Estambul que somete el uso del velo islámico a restricciones y las medidas correspondientes a ellas están justificadas en su principio y son proporcionadas a los fines perseguidos, y pueden por lo tanto ser consideradas “necesarias en una sociedad democrática”. Declara también que no se plantea ninguna cuestión distinta desde el punto de vista de los arts. 8 y 10, del art. 14 (sobre discriminación) en relación con el art. 9 del Convenio, ni del art. 2 del Protocolo nro. 1.

En relación con la doctrina del margen de apreciación, la Corte EDH afirmó en su sentencia lo siguiente:

“100. El Tribunal recuerda al mismo tiempo el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo del Convenio. Según su jurisprudencia, las autoridades nacionales se encuentran en principio en mejor posición que el Juez internacional para pronunciarse sobre las necesidades y contextos locales (véase, por ejemplo, sentencia *Handyside contra el Reino Unido*). Les incumbe a estas autoridades evaluar en primer lugar la “necesidad” de una injerencia, tanto en lo que respecta al marco legislativo como a las medidas de aplicación concretas. Incluso si esas autoridades gozan en este sentido de un cierto margen de apreciación, su decisión sigue sometida al control del Tribunal, que debe verificar su conformidad con las exigencias del Convenio”.

“101. Para determinar la amplitud del margen de apreciación permitido a los Estados, hay

que tener presente la importancia de la naturaleza del derecho garantizado por el Convenio y de los actos sometidos a restricciones y su finalidad. Cuando están en juego cuestiones sobre las relaciones entre el Estado y las religiones, en las que pueden existir razonablemente divergencias profundas en un Estado democrático, procede conceder una importancia especial al papel del que decide a nivel nacional. En este caso, hay que tener en cuenta el justo equilibrio que hay que mantener entre los diversos intereses en juego: los derechos y libertades ajenos, la paz civil, los imperativos del orden público y el pluralismo”.

“102. Se impone especialmente un margen de apreciación cuando los Estados contratantes regulan el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, dado que la reglamentación en la materia varía de un país a otro en función de las tradiciones nacionales, y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la “protección de los derechos ajenos” y al “orden público”. A este respecto, conviene recordar que el ámbito de la enseñanza exige por su naturaleza una facultad reglamentaria. Bien entendido, esto no excluye un control europeo, tanto más cuanto que tal reglamentación no debe nunca suponer un atentado contra el principio del pluralismo ni chocar contra otros derechos consagrados por el Convenio, ni suprimir totalmente la libertad de manifestar la religión o la convicción”.

f) Caso *Vo v. Francia* [2004]

En 1991 Thi-Nho Vo se presentó en un hospital en Lyon para que le realizaran una revisión de su embarazo que ya tenía seis meses. Ese mismo día, otra mujer llamada Thi Thanh Van Vo iba al mismo hospital para que el médico le realizara un procedimiento médico por medio del cual se le extraería el DIU. El médico llama a la “señora Vo” cuando su intención era llamar a la segunda mujer antes mencionada, pero entra la primera mujer. Ella era de origen vietnamita y no hablaba el idioma francés. Por ello, el médico sin hacer ningún tipo de revisión previa comienza con el procedimiento de retiro del DIU hasta que perfora el saco amniótico, lo que dio lugar a una gran pérdida de líquido amniótico.

El médico reconoció entonces el grueso útero y dispuso una ecografía. Pero se entera que ya se le había realizado una y entonces se da cuenta que se había confundido de paciente. La paciente es entonces hospitalizada. Luego llama a la otra paciente y ante la imposibilidad de completar el procedimiento, decidió realizar una intervención con anestesia al día siguiente.

Entonces, se cometió un nuevo error, ya que llevaron a la sala quirúrgica a la mujer embarazada, pero ante sus constantes negativas logro escaparse de la intervención. Al día siguiente se va del hospital.

Regresa al mes y los médicos reconocen que el líquido amniótico no había sido reconstituido y que el embarazo no podía proseguir. Le tuvieron que realizar un aborto terapéutico.

Poco después, presenta una demanda por lesiones involuntarias que habían supuesto una incapacidad laboral total de menos de tres meses en la mujer y el homicidio del hijo.

En los tribunales de Francia reconocieron que para la resolución del caso era necesario analizar si el tipo penal del *homicidio involuntario* consideraba como sujeto pasivo al feto. Entonces, surgió el debate acerca de si el feto es una persona humana. El derecho francés no contaba con ninguna definición jurídica de cuándo comienza propiamente la vida.

Ante la negativa del tribunal de casación francés, que realiza una interpretación estricta de la ley penal reconociendo que el feto no entra dentro de la protección del homicidio involuntario, la mujer se presenta ante la Corte EDH. Alega que el Estado francés había violado el art. 2 del Convenio, al no proteger el derecho de toda persona a la vida en su legislación interna.

El tribunal entonces se expide sobre la causa y reconoce que el art. 2 del Convenio (72) no hace ninguna aclaración temporal acerca de cuándo comienza la vida. Afirma que en el ámbito europeo no hay un consenso o una opinión uniforme acerca de cuándo comienza la vida de la persona humana y cuándo su protección jurídica. Entiende que no es específicamente al feto lo que se busca proteger cuando se habla de “vida humana”.

Corresponde entonces decidir cómo interpretar el art. 2 de la CEDH a la luz de la figura del feto, para lo cual se plantean tres posibilidades hermenéuticas: interpretarlo como no concerniente a él, o reconociendo al feto con un derecho a la vida con limitaciones implícitas o, por último, reconociéndole un derecho a la vida propio y autónomo del de la madre.

La tercera opción es la primera que descarta el tribunal, dado que, según su opinión, no se trata de un ente autónomo, sino de un ente que depende de la madre. Para concluir así, tiene en cuenta la protección de la vida de la madre, porque si se dijera que se trata de un sujeto con derechos absolutos, entonces se estaría diciendo que el aborto debería estar prohibido, incluso cuando estuviera en riesgo a la vida de la madre.

El tribunal llega a la conclusión de que el niño por nacer no es beneficiario de los derechos previstos en el art. 2 del Convenio. Si existe un derecho a la vida, está implícitamente reconocido junto con los derechos e intereses de su madre.

El tribunal entonces se dirige a responder a la pregunta acerca de si el daño al feto debe ser penalmente sancionado con base en lo previsto en el art. 2 del Convenio.

El tribunal reconoce que en la causa están presentes aspectos filosóficos, sociales, culturales, etc., lo que significa que puede haber variadas concepciones, dando lugar a que los Estados cuenten en esta materia con un amplio poder discrecional. Considera que no sería conveniente imponer una opinión única a las legislaciones nacionales y, dada la ausencia de consenso europeo en la materia, no sería oportuno dictar una norma general común. Debido a la amplitud del margen de apreciación existente en la materia, cabe concluir que los Estados parte dejaron la solución de esta temática al derecho interno. Con base en lo dicho se decide que en este caso Francia no ha violado el art. 2 del CEDH (73).

g) Caso *S. H. y otros c. Austria* [2011]

Dos matrimonios se presentan ante la Corte Constitucional de Austria alegando la violación que causaba el art. 3 de la *ley de procreación artificial* a sus derechos amparados en el art. 14 en relación con el art. 8 del CEDH. La ley de procreación prohibía la fertilización *in vitro* por medio de la donación del óvulo de una mujer y de la donación de la esperma del hombre, excepto, este último, en los casos en que se implantara de forma directa en el útero de la madre.

La Corte Constitucional austríaca se expide por separado con relación a la situación de ambas parejas. En la primera pareja nos encontramos con una mujer que sufre de una infer-

tilidad relacionada con las trompas de Falopio y su esposo es infértil. En el segundo caso, la mujer sufre de *agonadismo*, por lo que no puede producir óvulos, lo que quiere decir que es completamente infértil, mientras que su esposo es fértil, apto para procrear.

Ambas parejas alegan que no pueden concebir un hijo por métodos naturales, la primera pareja requiere de la donación de una esperma y la segunda pareja alega la necesidad de realizar una embriotransferencia heteróloga, que requiere de la implantación en su útero de un embrión creado por el óvulo de una donante y la esperma de su pareja. Empero, estos dos métodos están prohibidos por la ley austríaca.

Los accionantes alegan que la legislación austríaca en esta materia viola el art. 8 de la Convención, que prescribe que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (74). A continuación este artículo establece una serie de justificaciones para la intromisión de la autoridad pública en tal esfera, estando entre ellas que la intromisión esté prevista por la ley y que sea concordante con la “seguridad nacional... pública... la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (75). Asimismo, sostienen los actores que la norma austríaca viola el art. 14, que establece de modo general la igualdad de trato.

La Corte austríaca reconoce que la pretensión de las partes está relacionada sobre el art. 8 de la Convención, empero reconoce que fue una decisión legítima del legislador establecer tales prohibiciones, intentando de balancear de alguna forma el derecho a procrear, el bienestar del niño y la dignidad de la persona humana. Decidió tan solo permitir métodos homólogos que guarden mayor relación con la procreación natural y no permitir supuestos en los que niños podrían terminar teniendo más de un padre o una madre. También alega al argumento de que permitir el supuesto daría lugar a la explotación de la mujer. Asimismo, la decisión legislativa tiende a impedir la comercialización y la reproducción selectiva que podrían darse con una permisión amplia en estas cuestiones.

Para la Corte austríaca el legislador decidió dentro del ámbito de discrecionalidad que le permite establecer un principio y una excepción. Justifica la diferencia en cuanto al género del donante, dado que las objeciones a ambas no son las mismas, siendo la donación de esperma algo más aceptado. Aparte, no hay riesgo, señala la Corte, de crear relaciones extrañas para el niño. Con base en ello, la Corte de Austria resuelve que las prohibiciones no violan el art. 8 de la Convención.

El caso llega a la Corte Europea de Derechos Humanos, ante la cual los demandantes piden que se tutele su derecho a tener una familia y a procrear. Consideran que los Estados en este caso no cuentan con un margen de apreciación para la regulación de la materia, es decir, no pueden decidir qué puede ser regulado como permitido y qué no. La decisión de usar este tipo de técnicas está dentro de la esfera de intimidad de las personas y la legislatura no tiene derecho a entrometerse en ella.

En un primer momento, la Sec. 1ª de la Corte EDH condenó a Austria, fundándose en que “el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida (TRA) para conseguirlo forma parte del art. 8 CEDH, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar”, por lo que “las diferentes aproximaciones de los Estados contratantes no convierten en aceptable cualquier solución adoptada

(72) “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.” Cfr. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultada el 21/07/2019.

(73) También puede mencionarse en relación con la protección de la vida de las personas por nacer el caso de *A, B and C v. Irlanda*, sentencia del 16 de diciembre del 2010. En esta causa tres ciudadanas acudieron a la Corte EDH con la finalidad de que ella declarase que existe un derecho al aborto reconocido por el art. 8 de la CEDH en caso de peligro para la

salud, bienestar o vida de la madre. La sala 3ª remitió la causa a la Gran Sala, que se pronunció el 16 de diciembre de 2010. Sintéticamente el TEDH expresó que: 1) no existe un derecho al aborto inclusive cuando el embarazo implique un riesgo para la salud o para el bienestar de la madre; 2) las legislaciones que criminalizan el aborto por motivos morales que pro-

tengan la vida del nasciturus deben ser respetadas conforme el margen nacional de apreciación; 3) el aborto no es una conducta circunscripta a la vida privada y familiar de la madre.

(74) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, consultada el 21/07/2019.

(75) *Ibidem*.



por el legislador". Los Estados podían o no regular jurídicamente las TRA. Ahora bien, de optar por la regulación, el Estado debía evitar incurrir en discriminación, por lo que, al carecer la prohibición de la ley austriaca de una justificación objetiva y razonable, la Sec. 1ª entendió que en el caso se había producido una violación del art. 14 CEDH sobre derecho a la igualdad, interpretado juntamente con el art. 8 CEDH.

En una aproximación distinta a la cuestión, la Gran Sala considera que debe otorgarse un amplio margen de apreciación a los Estados en lo que respecta a la donación de gametos, siendo en esta materia admisibles tanto las políticas restrictivas como las permisivas. Sobre esa base, deja sin efecto la condena a Austria que había decidido la Sec. 1ª.

La Gran Sala en su fallo reconoce que en este ámbito los Estados parte del Convenio cuentan con un amplio margen de apreciación. Es decir, pueden elegir la forma en la cual van a regular este supuesto y no se les impone ninguna doctrina específica. Sus propias legislaturas pueden decidir qué está permitido y qué no. La amplitud del margen dependerá de las circunstancias, del tema de fondo y el trasfondo del asunto.

La Corte EDH reconoce que en el campo de la procreación asistida no hay ningún tipo de opinión uniforme entre los Estados partes. En algunos países está regulada de forma específica, en otros hasta cierto punto y en otros tantos ni siquiera está regulado. Ante el reconocimiento de estar frente a un tema delicado, donde entran en juego cuestiones éticas y morales, la Corte reconoce que el margen de apreciación que puede ser aplicado por el Estado debe ser bien amplio. Ello involucra tanto la decisión de intervenir en el asunto, como de establecer las reglas que marcan la línea entre algo que atenta a intereses públicos o intereses privados.

Podemos observar que, a partir del reconocimiento explícito de la doctrina del margen de apreciación, la Corte EDH decide no imponer al Parlamento austríaco la forma en que debe regular las TRA. Reconoce que no hay una respuesta unánime que le permita resolver el conflicto y que la legislatura de Austria en su regulación no sobrepasó los límites de dicho margen (76).

h) Caso Lautsi c. Italia [2011]

Este caso trata sobre la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas. La demandante, la Sra. Soile Lautsi, y sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin, también demandantes, residen en Italia. Los últimos estuvieron escolarizados en 2001-2002 en la escuela pública *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltré*, en Abano Terme. En abril de 2002, durante una reunión del consejo escolar, el marido de la demandante planteó el problema de la presencia de símbolos religiosos en las aulas, en particular de crucifijos, y solicitó su retiro. En mayo de ese año, el consejo escolar tras deliberar sobre tal cuestión decidió mantener los símbolos religiosos en las aulas.

La demandante sometió esta decisión al Tribunal Administrativo de Venecia, denunciando una violación del principio de laicidad —*se basaba para ello en los arts. 3 (principio de igualdad) y 19 (libertad religiosa) de la Constitución italiana y sobre el art. 9 del Convenio*—, así como en el principio de imparcialidad de la administración pública (art. 97 de la Constitución).

En enero de 2004, el tribunal administrativo planteó una cuestión constitucional ante el Tribunal Constitucional. Tal tribunal, en diciembre, declaró la cuestión de *inconstitucionalidad manifiestamente inadmisibile*, al contemplar en realidad unos textos que, al no tener rango de ley, sino reglamentario, no podían ser objeto de un control de constitucionalidad.

En marzo de 2005, el Tribunal Administrativo desestimó el recurso, tras concluir que el

art. 118 del Real Decreto de 30 de abril de 1924 y el art. 119 del Real Decreto de 26 de abril de 1928 estaban todavía vigentes y destacar que "el principio de laicidad del Estado forma ya parte del patrimonio jurídico europeo y de las democracias occidentales"; consideró que la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos, teniendo en cuenta el significado que habría de dársele, no conculcaba dicho principio.

La demandante se dirigió al Consejo de Estado, el cual confirmó que la presencia de un crucifijo en las aulas de las escuelas públicas tenía fundamento legal y, respecto al significado que habría de darle, era compatible con el principio de laicidad. Según el Consejo de Estado, se trata de símbolo capaz de reflejar los valores civiles (la tolerancia, el respeto mutuo, el valorar a la persona, la afirmación de sus derechos, la consideración hacia su libertad, la autonomía de la conciencia moral frente a la autoridad, la solidaridad humana, el rechazo hacia cualquier discriminación) que caracterizan a la civilización italiana y que definen la laicidad en el orden jurídico actual del Estado.

Ante la decisión del Consejo de Estado italiano, la Sra. Lautsi acudió a la Corte EDH que, mediante el fallo de una de sus salas, falló a su favor en noviembre de 2009, condenando al Estado italiano a pagar a los actores una indemnización de cinco mil euros en concepto de *daño moral*.

Esta decisión fue apelada por el Estado italiano a la Gran Sala en enero de 2010 y fue aceptada por ella el 1 de marzo de 2010. Previa audiencia pública, la Gran sala dictaminó definitivamente el 18 de marzo de 2011. Este Tribunal resolvió, por quince votos contra dos, que no ha existido violación del art. 2 del Protocolo N° 1 (sobre el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas) y que no se plantea ninguna cuestión distinta en el terreno del artículo 9 del Convenio (sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión); y, por unanimidad, que no ha lugar a examinar la queja relativa al artículo 14 del Convenio (sobre discriminación en razón de la condición de no creyentes de los demandantes).

En primer lugar, el Tribunal precisa que la única cuestión que se le ha sometido es la de la compatibilidad de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas con las exigencias de los arts. 2 del protocolo no 1 y 9 del Convenio. No debe examinar la cuestión de la presencia de crucifijos en lugares distintos a las escuelas públicas, ni tampoco le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas con el principio de laicidad tal y como se encuentra consagrado en el derecho italiano.

La Corte EDH recuerda que, en materia de educación y enseñanza, el art. 2 del protocolo n. 1 es en principio *lex specialis* con respecto al art. 9 del Convenio. Debe respetar, en el marco del ejercicio de las funciones que asumen en este terreno, el derecho de los padres de garantizar esta educación y que esa enseñanza sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Debe leerse esta disposición también a la luz del art. 9 del Convenio, que garantiza la libertad ideológica, de conciencia y religión, en la que se incluye la de no pertenecer a ninguna religión y pone a cargo de los Estados contratantes el "deber de neutralidad e imparcialidad".

La palabra "respetar" (art. 2 del protocolo nro. 1) no solo significa reconocer o tener en cuenta; en lugar de un compromiso más bien negativo, este verbo implica también una obligación positiva a cargo del Estado. *Esta obligación varía mucho de un caso a otro, vista la diversidad de prácticas y condiciones existentes en los Estados contratantes.*

Implica también que dichos Estados gozan de un amplio margen de apreciación para de-

terminar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos, las medidas a adoptar para garantizar el cumplimiento del Convenio.

Sin embargo, este margen de apreciación se compagina con un control europeo, consistiendo la labor del Tribunal en garantizar que el límite establecido no sea transgredido. Tal límite es la prohibición del adoctrinamiento que podría considerarse no respetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Analiza el Tribunal si el Estado de Italia se sobrepasó y concluye que:

- El Tribunal no cuenta con ningún elemento que atestigüe la eventual influencia que la exposición en las paredes de las aulas de un símbolo religioso pudiera tener sobre los alumnos; el crucifijo colgado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo y este aspecto tiene importancia para el Tribunal, a la vista, en particular del *principio de neutralidad*. No se le puede atribuir una influencia sobre los alumnos comparable a la que puede tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas.

- Dice que la percepción subjetiva de la demandante (de parecerle una falta de respeto) no podría por sí sola ser suficiente como para caracterizar una violación del art. 2 del Protocolo nro. 1.

- Agrega que los efectos de la visibilidad creciente que la presencia de crucifijos otorga al cristianismo en el espacio escolar se ven relativizados en vista de otros elementos, como que esta presencia no se asocia a la enseñanza obligatoria del cristianismo y que Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones. También que no está prohibido que los alumnos lleven el velo islámico y otros símbolos y vestimentas con connotación religiosa. Además, nada indica que las autoridades se muestren intolerantes respecto a los alumnos adeptos a otras religiones, no creyentes o poseedores de convicciones filosóficas no relacionadas con religión alguna.

- Finalmente, el Tribunal observa que la demandante conservó enteramente su derecho, en su cualidad de progenitora, de esclarecer y aconsejar a sus hijos, de ejercer con ellos sus funciones naturales de educadora y de orientarlos en una dirección, conforme a sus propias convicciones filosóficas.

En relación con la doctrina del margen nacional de apreciación, la sentencia afirma:

"El Gobierno explica que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas, fruto de la evolución histórica de Italia, lo que le da una connotación no solo cultural sino también de identidad, corresponde hoy a una tradición que considera importante perpetuar. Añade que más allá de su significado religioso, el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título. Según el Tribunal, *la decisión de perpetuar o no una tradición en principio se halla dentro del margen de apreciación del Estado demandado*. El Tribunal debe tener en cuenta también que *Europa se caracteriza por una gran diversidad entre los Estados que la componen, especialmente en el plano de la evolución cultural e histórica*. Subraya de todos modos que la evocación de una tradición no puede exonerar a un Estado contratante de su obligación de respetar los derechos y libertades consagrados por el Convenio y sus Protocolos.

Además, los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen en materia de educación y enseñanza y el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Esto incluye tanto

el acondicionamiento del entorno escolar como la definición y elaboración de los programas. El Tribunal debe en principio respetar la elección del Estado contratante en esta materia, incluso respecto al lugar que otorga a la religión, en la medida en que dicha elección no conduzca a una forma de adoctrinamiento.

El Tribunal deduce que la elección de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas forma parte del *margen de apreciación del Estado demandado*. El hecho de que no haya un consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas refuerza este enfoque.

Se deduce entonces que, al decidir mantener el crucifijo en las aulas de la escuela pública frecuentada por los hijos de la demandante, las autoridades actuaron en los límites del margen de apreciación del que dispone el Estado demandado en el marco de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en el terreno de la educación y la enseñanza, el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

i) Caso Chapin et Charpentier vs. Francia [2016]

En este caso la Corte EDH reafirma de modo unánime que "la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a ningún Estado a ampliar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales", tal como ya lo había sostenido en su sentencia del caso *Schalk y Kopf c. Austria* del año 2010.

El caso comenzó el día 6 de septiembre 2007, cuando dos hombres de ciudadanía francesa llamados Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para demandar a la República Francesa, tras la anulación de su matrimonio ocurrida el 22 de julio del 2004. Al momento de los hechos, no era legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, sí existía en el derecho francés la posibilidad de celebrar un contrato llamado "Pacto Civil de Solidaridad" (Pacs) entre dos personas de igual o distinto sexo, el cual confería a las partes ciertos derechos y obligaciones en materia fiscal, patrimonial y social orientados a la organización de su vida en común. A su vez, el Código Civil francés regulaba el concubinato, el cual era definido como "una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o de mismo sexo, que viven en pareja".

Los demandantes alegaron la violación del art. 14º combinado con los arts. 8º y 12º del CEDH. El primer artículo prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. El art. 12º reconoce el derecho a contraer matrimonio de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, y el art. 8º reconoce el derecho "al respeto de su vida privada y familiar" y subordina la posibilidad de injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho a la persecución de ciertos fines enumerados en el mismo artículo, como, por ejemplo, la seguridad pública y la protección de la moral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que no hubo una violación de dichos artículos y recurrió en gran parte a su anterior sentencia *Schalk y Kopf* del año 2010 para fundar su decisión.

En dicha sentencia, respecto al art. 12º, el Tribunal sostuvo que "no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio homosexual". En relación con el margen nacional de apreciación, declaró que dicho artículo combinado con el art. 14 no impone a los gobiernos la obligación de legalizar el matrimonio homosexual, sino que ellos solo están obligados a otorgar ese derecho a las parejas heterosexuales. En este sentido, el

(76) En relación con las sentencias de la Corte EDH sobre las técnicas de reproducción asistida, puede verse el trabajo

de FARNÓS AMORÓS, Esther, "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *De Evans c. Reli-*

no Unido a Parrillo c. Italia", Rev. Bioética y Derecho, nro. 36, Barcelona 2016, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000100008.



Tribunal “recordó que el matrimonio poseía connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas, susceptibles de variar notablemente de una sociedad a otra” y que lo relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo era una discusión que debía ser reservada a la valoración de las autoridades nacionales, puesto que estas se encontraban “mejor ubicadas para valorar las necesidades de la sociedad y responder a ellas”. En el presente caso, el Tribunal mantuvo este criterio, llegando a la conclusión de que la ilegalidad del matrimonio homosexual no implicaba una discriminación respecto del goce del derecho a contraer matrimonio. En síntesis, el núcleo básico del derecho reconocido en el art. 12 era el goce del derecho a contraer matrimonio entre personas de distinto sexo, librando a la decisión de cada gobierno el otorgamiento de ese derecho a parejas del mismo sexo.

Respecto al art. 8º combinado con el 14, en el caso *Schalk y Kopf* el Tribunal había declarado que estos artículos tampoco imponían a los gobiernos contratantes la obligación de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y que existía cierto *margen nacional de apreciación* “para decidir sobre la naturaleza exacta del estatus conferido por otros modos de reconocimiento jurídico”.

En el presente caso, el Tribunal sostuvo que las parejas homosexuales gozaban del derecho reconocido en el art. 8º, debido a la protección jurídica otorgada por el concubinato y por la posibilidad de celebrar un Pacto Civil de Solidaridad.

Con respecto al Pacto, los demandantes argumentaron que este no aseguraba el goce del derecho establecido por el art. 8º, puesto que ofrecía una protección jurídica inferior a la otorgada por el matrimonio. En oposición a esto, el Gobierno francés afirmó que las consecuencias del matrimonio y las del *Pacs* eran casi idénticas. El Tribunal no se pronunció detalladamente respecto de estas diferencias y, con relación al *margen nacional de apreciación*, resolvió que la República Francesa no excedió su margen de evaluación en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el Pacto Civil de Solidaridad.

j) Caso “Paradiso y Campanelli c. Italia” [2017]

Un matrimonio italiano, luego de haber probado distintas técnicas de reproducción asistida y de haber intentado adoptar un niño sin éxito, decidió recurrir a una clínica en Moscú para tener un hijo mediante una gestación por sustitución, puesto que esta práctica estaba prohibida en Italia. La esposa viajó a Rusia y firmó un contrato con la empresa *Rosjurconsulting*, la cual se

(77) Otro caso relacionado con la fecundación *in vitro*, la legislación italiana y el margen nacional de apreciación es el caso *Parrillo c. Italia* sobre donación de embriones con fines de investigación, decidido pro la gran Sala el 27/08/2015. La actora, una ciudadana italiana, deseaba donar para fines de investigación médica los embriones creados con sus gametos y los de su difunto compañero. La Sra. Parrillo y su pareja habían accedido a la TRA en un centro italiano en 2002, a resultados de lo cual cinco embri-

comprometió a encontrar una madre sustituta. En 2010 se realizó la fecundación *in vitro* y la implantación de dos embriones. La clínica certificó que, para la fertilización, se había utilizado el material genético del demandante (Campanelli). El 27/02/2011 nació el niño y la madre sustituta dio su consentimiento escrito de que el recién nacido sea registrado como hijo de los aplicantes. Luego, Campanelli y Paradiso fueron registrados como los padres del niño en el Registro Oficial de Moscú. El 29/04/2011 Paradiso fue al Consulado italiano en Moscú con el certificado de nacimiento (que no mencionaba la gestación por sustitución), donde obtuvo los documentos necesarios para regresar a Italia con el niño.

El 05/05/2011, la fiscalía inició un proceso penal contra los demandantes, acusándolos por haber falsificado el estado civil del niño y por haber infringido la *ley de adopción*. En esa misma fecha, la Fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para que el niño estuviera disponible para su adopción, ya que se consideraría que estaba en estado de abandono a los efectos de la ley.

El 7 de julio de 2011, el tribunal ordenó que se realizaran pruebas de ADN para determinar si Campanelli era el padre biológico del niño; el resultado de las pruebas fue negativo. En octubre de 2011, el tribunal italiano decidió separar al niño de los demandantes y prohibir el contacto entre ellos. En abril de 2013, el tribunal italiano rechazó el registro del certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era hijo de padres desconocidos y se le otorgara un nuevo nombre. Los peticionarios se opusieron a todas las medidas y solicitaron la adopción del niño, que les fue negada.

El 27 de abril del año 2012, el matrimonio recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando que las medidas tomadas por las autoridades nacionales de Italia respecto al niño eran incompatibles con el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, protegido por el art. 8º de la Convención. Sin embargo, la Corte concluyó en que dicho artículo no había sido violado.

El Tribunal consideró que las medidas adoptadas con respecto al menor (traslado, colocación en un hogar sin contacto con los solicitantes, etc.) efectivamente supusieron una injerencia en la vida privada de los solicitantes. Explicó que dicha injerencia habría violado el art. 8 de la Convención a menos que pueda justificarse en virtud del párr. 2 del art. 8 por estar “de

nes fueron crioconservados. Sin embargo, en noviembre de 2003, antes de que tuviera lugar la transferencia embrionaria, el compañero de la recurrente falleció durante la guerra de Irak como consecuencia de un bombardeo. Poco tiempo después de estos hechos, ya vigente la *Legge*, 19 febbraio 2004, n. 40, la recurrente expresó su voluntad de donar los embriones a la investigación. Se da la circunstancia que esta opción, permitida bajo la legislación anterior, se encuentra prohibida en Italia por el art. 13 de la mencionada

conformidad con la ley”, por perseguir uno o más de los objetivos legítimos allí enumerados y ser “necesario” en una sociedad democrática “para lograr el objetivo u objetivos en cuestión”.

Con respecto a la necesidad de la injerencia, la Corte sostuvo que “según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, la noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una necesidad social acuciante y, en particular, que es proporcional al objetivo legítimo perseguido, teniendo en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en pugna relevantes. Al determinar si una injerencia era ‘necesaria en una sociedad democrática’, la Corte tendrá en cuenta que un margen de apreciación es dejado a las autoridades nacionales, y su decisión está sujeta a revisión por la Corte para verificar su conformidad con los requisitos de la Convención”.

Luego, en el párr. 182 de su sentencia, la Corte agregó lo siguiente: “se deben tener en cuenta varios factores al determinar el margen de apreciación que disfrutará el Estado al decidir cualquier caso en virtud del art. 8 de la Convención. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen permitido al Estado normalmente estará restringido. Sin embargo, cuando no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre la mejor manera de protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas sensibles, el margen será más amplio. Por lo general, se otorgará un amplio margen de apreciación si el Estado debe lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto o los derechos de la Convención”.

Por último, en el párr. 183, aclaró que “si bien las autoridades gozan de un amplio margen de apreciación en el área de la adopción o al evaluar la necesidad de cuidar a un niño, en particular cuando surge una situación de emergencia, la Corte debe estar satisfecha en el caso particular de que existan circunstancias que justifiquen la remoción del niño” (77).

k) Caso *Osmanoğlu c. Suiza* [2017]

El caso se originó cuando el Sr. Aziz Osmanoğlu y la Sra. Sehabat Kocabaş, una pareja con doble nacionalidad (suiza y turca), se opusieron a los cursos de natación obligatorios para sus hijas, nacidas en 1999 y 2001.

Las clases de natación son una parte obligatoria del programa escolar, y por la legislación vigente de Basilea (Urbana), los alumnos no

Según la recurrente, la denegación de la solicitud por parte de las autoridades italianas vulneraba su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), su derecho al goce pacífico de sus posesiones (art. 1 del Protocolo No 1 CEDH) y su libertad de expresión (art. 10 CEDH), de la cual la investigación científica constituía, en su opinión, un aspecto fundamental. El TEDH, por dieciséis votos contra uno, declara que si bien en el caso está en juego el derecho a la vida privada de la recurrente, pues los embriones habían sido creados con

pueden ser eximidos sino hasta llegar a la adolescencia. El colegio informó esto a los padres el 11 de agosto de 2008 en una “Recomendación sobre asuntos religiosos en las escuelas”.

Los padres, devotos musulmanes, se negaron a enviar a sus hijas a tales lecciones argumentando que sus creencias les prohibían que sus hijas participen de clases de natación mixtas. Alegaron que, aunque el *Corán* solo obliga a cubrir el cuerpo de la mujer a partir de la pubertad, sus creencias les indicaban que las debían preparar para ese momento.

El 13 de agosto de 2008, las autoridades educativas les avisaron a los progenitores que, bajo la sección 91 [9] de la Ley de Educación del Cantón de Basilea (Urbana), de no cumplir con la obligación de que sus hijas asistan al colegio, recibirían una multa de 1.000 francos suizos (alrededor de 923 euros).

Después de una reunión con las autoridades escolares y dos cartas enviadas a los solicitantes entre los meses de marzo y mayo, el 28 de Julio de 2010 las autoridades educativas ordenaron a los solicitantes a pagar una multa de 350 francos suizos (alrededor de 323 euros) por padre y por hija, un total de 1.400 francos suizos (1.292 euros) en función de “incumplimiento de las responsabilidades parentales”.

Los demandantes impugnaron tal medida primero ante el Tribunal de Apelación del cantón de Basilea (Urbana) y luego ante la Corte Suprema Federal. Estos dos tribunales llegaron a la conclusión de que el interés público en seguir el currículo escolar completo debería prevalecer sobre el interés privado de los solicitantes en obtener una exención de clases mixtas de natación para sus hijas.

Los solicitantes, basándose en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, alegaron que la obligación de enviar a sus hijas a clases de natación mixtas era contraria a sus convicciones religiosas y que la multa impuesta por las autoridades carecía de auténticas bases legales, no perseguía un fin legítimo y resultaba desproporcionada. En consecuencia, consideraban que ellos eran víctimas, por haberse violado su derecho a la libertad religiosa del art. 9 de la Convención.

Para resolver el caso, la Corte de Estrasburgo analiza la *admisibilidad*, donde considera que la situación denunciada por los demandantes entra en el alcance del art. 9 del Convenio; y *los méritos*, los cuales serán analizados a continuación:

Continúa en el Diario LA LEY del 23/12/2022

sus gametos y formaban parte de su identidad (§§ 149, 152, 158 y 159), la falta de consenso europeo sobre una cuestión tan sensible determina que Italia haya actuado dentro de su margen de apreciación (§169). Como en casos anteriores, la Corte EDH evita pronunciarse sobre la delicada cuestión del inicio de la vida humana y concluye que la prohibición de la ley italiana puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática (§197): cfr. FARNÓS AMORÓS, *Es-ther*, ob. cit.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, secretaría Nº 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que ANDERSON ROPERTO TORRES de nacionalidad colombiana con DNI 94.873.573 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a

este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 23 de agosto de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 22/12/22 V. 23/12/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaría Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que OSWALDO HELMI CEBALLOS COLMENARES de nacionalidad

venezolana con DNI 95.767.933 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 20 de abril de 2022
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 22/12/22 V. 22/12/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal

Nº 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría Nº 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: JONNY JAVIER BASURTO MENDOZA, DNI Nº 95.381.556 nacido/a en Caracas-Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso

de quince días. Buenos Aires, 12 de julio de 2022
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 22/12/22 V. 22/12/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría Nº 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: CARLOS EDUARDO PULIDO RO-

JAS, DNI Nº 95.896.174 nacido/a en Guarico-Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 13 de septiembre de 2022
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 22/12/22 V. 22/12/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

Semana de la Academia Nacional de Derecho

Doctrina

Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación



Alfonso Santiago

Miembro titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional. Abogado y doctor en Derecho (UBA). Catedrático (Univ. Austral). Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Continuación del Diario La Ley del 22/12/2022

1. Si hubo una interferencia: Dice que los solicitantes ejercían la patria potestad y podían decidir, en virtud del art. 303, inc. 1 del Cód. Civil, sobre la educación religiosa de sus hijos. En consecuencia, tienen derecho a basarse en este aspecto del art. 9 del Convenio. Además, los demandantes efectivamente sufrieron una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de religión tal como está protegido por esa disposición.

2. Si tal interferencia estaba justificada

a. Bases legales: La Corte dice que la medida tenía suficientes bases legales y analiza dos requisitos que surgen de la expresión "prescripta por la ley". El primero es que la ley debe ser adecuadamente accesible por las partes; y el segundo, que la norma debe ser regulada de manera que las partes sepan cuál es la conducta regulada. En el presente caso, señala que el programa escolar estaba disponible en internet y que los solicitantes no negaron que tales disposiciones eran accesibles para ellos.

b. Fin legítimo: El Tribunal dice que la negativa a eximir a las hijas de los solicitantes de las clases obligatorias de natación perseguía fines legítimos en el sentido del art. 9, §2 de la Convención. Comparte la opinión del Gobierno en cuanto a que la medida impugnada estaba dirigida a la integración de los niños extranjeros de diferentes culturas y religiones, así como al buen funcionamiento del sistema educativo, el cumplimiento de la escolarización obligatoria y la igualdad entre los sexos. En particular, la medida estaba destinada a proteger a los alumnos extranjeros de cualquier forma de exclusión social.

c. Necesidad en una sociedad democrática: El Tribunal examina si la negativa de las autoridades competentes a conceder a las hijas de los solicitantes una exención de clases mixtas de natación era necesaria en una sociedad democrática y, más particularmente, si era proporcional a los objetivos perseguidos por esas mismas autoridades. Al hacerlo, la Corte tiene en cuenta que los Estados gozan de un considerable margen de apreciación en relación con los asuntos relacionados con la relación entre el Estado y las religiones y la importancia que debe atribuirse a la religión en la sociedad, particularmente cuando estos asuntos surgen en el ámbito de la sociedad civil, la enseñanza y la educación estatal.

Si bien los Estados deben garantizar que la información o el conocimiento incluido en el

plan de estudios se transmita en una de manera objetiva, crítica y pluralista, y abstenerse de perseguir cualquier objetivo de adoctrinamiento, son libres de diseñar sus planes de estudio escolares de acuerdo con sus necesidades y tradiciones.

En lo que respecta a sopesar los intereses en pugna, el Tribunal está de acuerdo con el argumento del Gobierno de que la escuela desempeña un papel especial en el proceso de integración social, que es aún más decisivo cuando se trata de niños de origen extranjero. Acepta que, dada la importancia de la educación obligatoria para el desarrollo de los niños, la exención de ciertas lecciones se justifica solo en circunstancias muy excepcionales, en condiciones bien definidas y teniendo en cuenta la igualdad de trato para todos los grupos religiosos.

También considera que el interés de un niño en asistir a esas lecciones no consiste simplemente en aprender a nadar y hacer ejercicio físico, objetivos legítimos en sí mismos, sino sobre todo en participar en esa actividad con todos los demás alumnos, sin excepción ni distinción por el origen del niño o de los padres, sus convicciones religiosas o filosóficas.

El Tribunal observa que, en el presente caso, las autoridades ofrecieron a los demandantes acuerdos muy flexibles, ya que a sus hijas se les permitió llevar un *burkini* a las clases de natación, usar vestuarios y duchas separadas y tener, en la medida de lo posible, profesores del mismo sexo, entre otras concesiones.

Otro factor que debe tenerse en cuenta al examinar la proporcionalidad de la medida impugnada es la gravedad de la sanción impuesta a los solicitantes. El Tribunal considera que estas multas, que las autoridades pertinentes impusieron después de haber advertido debidamente a los solicitantes, eran proporcionales al objetivo perseguido, a saber, garantizar que los padres enviaran a sus hijos a las clases obligatorias; esto se debió sobre todo a sus propios intereses, específicamente al de la exitosa socialización e integración de sus hijos.

En vista de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que debe darse prioridad a la obligación de los niños de seguir el currículo escolar completo y su integración exitosa sobre el interés privado de los solicitantes de obtener una exención de clases mixtas de natación para sus hijas por motivos religiosos. Las autoridades

des nacionales no excedieron el considerable margen de apreciación que se les otorgó en el presente caso, que se refería a la educación obligatoria.

De todo ello se desprende que no ha habido violación del art. 9 de la Convención.

Sobre el margen de apreciación la Corte afirma lo siguiente:

"87. Es importante enfatizar el rol subsidiario del mecanismo de la Convención. Como la Corte ha sostenido en muchas ocasiones, las autoridades nacionales están en principio mejor ubicadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. En cuestiones de política general, sobre las cuales las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden diferir razonablemente en gran medida, se debe dar un peso especial al papel de los responsables de la política interna. Esto es cierto, en particular, cuando están en juego cuestiones relativas a la relación entre el Estado y las religiones.

88. La Corte ya ha tenido ocasión de observar que no es posible discernir en toda Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia religiosa diferirá según el tiempo y el contexto. Las reglas en esta esfera variarán en consecuencia de un país a otro. La elección de la extensión y la forma en que deben tomarse tales regulaciones debe dejarse inevitablemente hasta cierto punto al Estado en cuestión, ya que dependería del contexto interno específico. (...)

89. Sin embargo, este margen de apreciación va de la mano de una supervisión europea que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican. La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas en principio y son proporcionales. Además, al ejercer su supervisión, el Tribunal debe considerar la injerencia a la luz del caso en su conjunto. Para determinar el alcance del margen de apreciación en el presente caso, la Corte debe tener en cuenta lo que está en juego, a saber, la necesidad de mantener un verdadero pluralismo religioso, que es vital para la supervivencia de una sociedad democrática. La Corte también puede tener en cuenta cualquier consenso y valores comunes que surjan de las prácticas de los Estados parte en la Convención".

1) Casos de discriminación de minorías étnicas

A diferencia de los casos ya estudiados, la Corte EDH ha sido reticente a acudir a la doctrina del margen nacional de apreciación en aquellos casos en que cuestionaba la discriminación de una determinada minoría étnica.

Señala a este respecto Francisco Barbosa Delgado, en un profundo estudio sobre la discriminación étnica como límite a la aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación:

"El TEDH ha condenado a múltiples estados por la violación de derechos de las minorías, consagrados en la CEDH en consonancia con el art. 14 que consagra el principio de no discriminación.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión, el TEDH en el caso del régimen lingüístico belga de las escuelas condenó a Bélgica por impedir a la comunidad de niños francófonos (*wallons*) acceder a las escuelas en las cuales el idioma francés se les enseñaba como lengua materna, lo que generó una discriminación contra esta población atada a la libertad de expresión en su dimensión de acceso a la información. En este caso el Estado belga se vio obligado a crear escuelas bilingües con el propósito de respetar la diversidad cultural dentro de ese estado. Refiriéndose a una minoría cultural los *rom*, el TEDH se ha pronunciado en dos ocasiones, tomando en consideración la violación al principio de no discriminación y el derecho a la instrucción. El primero fue el caso *DH contra República Checa* del 13 de noviembre de 2007, en el cual se condenó al Estado checo por ubicar a los niños *roms* en escuelas para enfermos mentales. Recientemente el TEDH profirió la sentencia *Orsus contra Croacia*, del 17 de julio de 2008, en el cual, de igual forma que en el caso checo, se condenó al Estado croata por crear clases especiales para los niños de la comunidad *rom*. Otros dos casos en los cuales vale la pena detenerse son *Karatas contra Turquía* y *Ulusoy contra Turquía*. En ambos se condenó al Estado turco por haber condenado al escritor *Karatas* por escribir un libro de poemas glorificando la resistencia kurda y en el otro por impedir la representación de una obra de teatro en lengua kurda (...).

En cuanto al otorgamiento de una pensión de viudedad a una mujer de la etnia *rom*, el TEDH en el emblemático caso *Muñoz Díaz contra España* condenó a ese estado por violación del

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1



art. 14 en concordancia con el art. 1º del Protocolo I, al negarle a esta mujer la pensión de viudedad por no haber demostrado el matrimonio civil o canónico de acuerdo con el derecho español. En el *cas d'espèce*, la peticionaria demostró que ella contrajo matrimonio según sus ritos gitanos, hecho insuficiente, según la restrictiva visión judicial, para el otorgamiento de la pensión.

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

El TEDH continuó indicando que frente a la protección de las minorías “ya se ha alcanzado un consenso internacional en el seno de los estados contratantes del Consejo de Europa en orden a reconocer las necesidades concretas de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad, y su modo de vida (véase el párr. 33 anterior, concretamente el Convenio-marco para la protección de las minorías), no solo con la finalidad de proteger los intereses de las minorías mismas sino también para preservar la diversidad cultural que es beneficiosa a la sociedad en su conjunto” (78).

En definitiva, la Corte EDH consideró que en estos casos se afectaba el núcleo fundamental del derecho a la igualdad y que se había alcanzado un consenso regional en los estándares jurídicos que debían regular estas situaciones. Con base en ello, no acudió a la doctrina del margen nacional de apreciación y condenó a los estados que adoptaron decisiones contrarias a esos estándares comunes.

III.3.b. Casos de la CIDH y de la Corte IDH

III.3.a.i. Casos de la CIDH

a) *Caso José Ríos Montt v. Guatemala (12-X-93)*

El 5 de marzo de 1991, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición en la cual José Efraín Ríos Montt alegaba violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del gobierno de Guatemala.

Para comprender este caso, hay que tener en cuenta una serie de acontecimientos a los que la misma Comisión hace referencia en su reporte:

- En el año 1982, por solicitud de los oficiales militares, Ríos Montt fue llamado para presidir el gobierno *de facto* que habían establecido, cargo que aceptó. Esto sucedió en el período donde la Constitución de 1986 estaba en vigor, y el Código Penal tipificaba como delito grave las alteraciones al orden constitucional. El gobierno de Ríos Montt suspendió la Constitución y derribó las instituciones creadas por esta.

- En agosto de 1983, el presidente de la República fue destituido por otro golpe militar, y el cargo lo asumió su Ministro de Defensa, el General Oscar Mejía Victores. Ríos Montt permaneció en Guatemala sin ser juzgado por los crímenes cometidos en el ejercicio de su presidencia *de facto*. Esto se debe a que el General Mejía Victores emitió un decreto de amnistía, considerado válido y vigente por la Asamblea Constituyente de 1985. Ríos se aprovechó de esta situación y se postuló para las elecciones de 1990.

- La Constitución de 1986, que se encontraba en vigor al momento de la postulación del denunciante, contenía limitaciones al acceso a la presidencia de la República, prohibiendo la reelección. Además, en el art. 186 establece que:

“No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República:

a) El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno (...).”

A pesar de conocer esta cláusula constitucional, diversos partidos políticos apoyaron su candidatura, además de anunciar una lista de candidatos con 70 personas, incluyendo a Ríos Montt, junto con otros postulantes para diversos cargos por este partido.

El Supremo Tribunal Electoral del país se rehusó a registrar a estos candidatos. Por ello, Ríos Montt presentó un recurso de amparo por violaciones a derechos constitucionales, pero su pretensión no fue acogida por las cortes nacionales competentes.

La petición de Ríos Montt ante la CIDH sostenía también que el gobierno había tomado una serie de medidas para que su recurso de amparo no se considere admisible. Entre ellas, el Congreso redujo de 30 a 5 días el período de apelación para decisiones del Supremo Tribunal electoral, afectando su derecho de defensa por esta obstaculizaron en el proceso.

Las violaciones a la CADH planteadas en la petición eran las siguientes:

a) violación a las garantías judiciales de defensa y protección, consagradas por los arts. 8 y 25;

b) violación de los principios de retroactividad y legalidad (art. 9 de la Convención);

c) violación a los derechos políticos amparados por el art. 23 de la Convención.

También plantea en la petición que la aplicación del 186 inc. a) de la Constitución de Guatemala implica una pena general y no responde a su situación específica, ya que antes de la amnistía no se lo castigó por las violaciones al régimen constitucional y se estaría intentando hacerlo ahora.

La CIDH en su Informe acude explícitamente a la doctrina del margen de apreciación, haciendo referencia a esta doctrina en reiteradas oportunidades a lo largo de los considerandos de su decisión. La invoca al considerar en su sentencia el contexto histórico y político, tanto de Guatemala como del resto de los países centroamericanos. Considera que, sin embargo, este margen de apreciación debe ser utilizado bajo un carácter restrictivo, con miras de fortalecer el SIDH y sus objetivos. Lo invoca para evitar que se juzguen las decisiones legislativas constitucionales de Guatemala de manera infundada. La Comisión considera que los motivos de inelegibilidad se desprenden de un acto de una Convención Constitucional elegida por voto democrático, en la que el pueblo guatemalteco decidió a través de sus representantes en esa Convención que era necesario establecer esas causales de inelegibilidad, fundados en la historia constitucional de Guatemala.

A partir de este análisis de derecho comparado, la Comisión concluyó en que esta condición de elegibilidad está regulada en los derechos constitucionales centroamericanos con miras a evitar el nepotismo, el conflicto de intereses, etc. En resumen, lejos de constituir una vulneración de derechos o una violación a la Convención, las condiciones de elegibilidad constituyen un meca-

nismo de defensa a los derechos políticos, a la democracia y a la autenticidad de las elecciones, por el historial político de los países que la conforman.

La Comisión considera que esta condición de elegibilidad es apropiada y que puede surgir del margen de apreciación permitido por el derecho internacional. También consideró que la condición de elegibilidad que plantea art. 186 de la Constitución de Guatemala es una regla constitucional consuetudinaria con una fuerte tradición en América Central.

La Comisión tomó en cuenta que la raíz de la elegibilidad está en el Tratado General de Paz y Amistad, ratificado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica en 1923. El mencionado tratado también establece el compromiso de incluir el principio de no-reelección en sus constituciones.

Por todos estos motivos, afirmó que Guatemala tenía un margen de apreciación en esta área y, desde entonces, el asunto no es susceptible de revisión internacional.

En definitiva, la Comisión resolvió en el caso que la petición de Ríos Montt es inadmisibles, porque los hechos examinados no constituyen violación alguna a los derechos reconocidos por la Convención, para lo cual tuvo especialmente en cuenta las circunstancias históricas por las que atravesaba Guatemala y la doctrina del margen nacional de apreciación.

b) *Caso Aylwin v. Chile [1998]*

El 9 de enero de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió una petición contra la República de Chile en la que se denunciaba la violación de los derechos humanos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en particular los derechos políticos (art. 23) y el derecho a la igualdad (art. 24), en perjuicio de la sociedad chilena y en particular de las personas identificadas como víctimas y peticionarios del caso (Andrés Alwyn y otros).

Cuando la petición fue presentada, la Constitución chilena todavía contemplaba la institución de “senadores designados”, un grupo de senadores que eran elegidos por los tres poderes del Estado y otras organizaciones nacionales. Ellos ocupaban el 20% de las bancas del senado. La Constitución también establecía que los expresidentes tenían el derecho a un asiento en el senado. La controversia de la que surge este caso aparece cuando la norma fundamental chilena reconoció este derecho a Augusto Pinochet, el exjefe del régimen militar, como parte de una serie de acuerdos políticos que hicieron la transición democrática chilena.

Los peticionarios alegaban que esta norma constitucional violaba el derecho a la igualdad del sufragio y la soberanía popular, y hacía prácticamente imposible la modificación de las instituciones no democráticas establecidas en la Constitución chilena. Además, resultaba una discriminación a los ciudadanos comunes cuyo poder de elegir sus representantes era de menor valor que el poder de nombramiento exhibido por las autoridades que podían nombrar unilateralmente a los senadores. Los senadores designados requerían de la voluntad de un número muy reducido de personas (normalmente de 1 a 17), mientras que los senadores elegidos por el voto popular necesitaban de aproximadamente 120.000 ciudadanos.

El Estado chileno, por su parte, alegó que esta petición no era admisible, ya que esta norma era previa a la adopción del texto de la Convención Interamericana. La Comisión declaró la admisibilidad de la petición, ya que, si bien las normas cuestionadas fueron dictadas con anterioridad a la ratificación por Chile de la Convención Americana, la violación alegada continúa y se actualiza

después de la fecha de ratificación de la Convención, ya que tiene lugar ahora, cuando ya se encuentra en vigor para el Estado chileno la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en dicha Convención y en consecuencia su obligación de adecuar su ordenamiento jurídico a los términos de aquella (art. 2).

Al respecto se dijo que: “La Comisión reconoce y respeta el grado de autonomía de los Estados para organizar las instituciones políticas siempre que se respeten los derechos consagrados en la Convención. Por ello, solo cuando la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable estaremos en presencia de una vulneración de los arts. 23 y 24 de la Convención”. En el caso, el Estado chileno no alegó ninguna justificación o finalidad del establecimiento de los senadores designados. Tan solo se limitó a señalar que dicha cláusula constitucional forma parte del proceso de transición de la dictadura militar a la democracia que no ha podido modificar aún, pero en modo alguno destacó que se estuviera persiguiendo un verdadero fin estatal al servicio de los derechos humanos. “La Comisión considera que la carga de probar el fin legítimo perseguido ha estado en el Estado chileno, el cual no logró ni siquiera enunciar algún tipo de argumento tendiente a justificar la figura de los senadores designados”.

La CIDH resolvió el caso a favor de los peticionarios y recomendó que Chile debe: “adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que se garantice plenamente a todos los ciudadanos chilenos, incluidas las víctimas en el presente caso, el ejercicio de su derecho a votar y a ser elegidos en condiciones generales de igualdad consagradas en los arts. 23 y 24 de la Convención Americana, en la composición del Senado de la República, como órgano legislativo bicameral de representación popular del Congreso de ese país”.

Gonzalo Candia señala que la CIDH hace solo una mención “retórica” del margen de apreciación al resolver el caso (79). Para este autor, ello se ve reflejado en el fundamento que da la Comisión cuando rechaza el argumento del Estado chileno, mediante la cual este niega la violación con base en la no aplicación retroactiva de la CADH sobre las normas anteriores a su adopción. Aquí la Comisión plantea que no hay justificación ni finalidad que ampare esta violación. Si se hubiese probado que la norma constitucional lleva consigo algún fin objetivo que resulta fundamental por la historia política del país, se podría haber hecho admisible la interpretación de la Convención a la luz del margen de apreciación y pasar por alto estas violaciones. Al no haber prueba en contrario, la Comisión entiende que la figura de los *senadores designados* viola los derechos políticos de los ciudadanos chilenos, tal como plantean los peticionarios. Por este motivo, se entiende también que la Comisión está respetando la autonomía política del Estado chileno.

En su voto disidente, el Comisionado Robert Kogod Goldman hace referencia al *margen de apreciación*, en particular al aplicado en el caso Ríos Montt y en la Corte Europea. Goldman considera que, con esta decisión, la Comisión está teniendo en cuenta los factores morales que hacen inadmisibles la participación en el senado de un exdictador. Bajo su visión, este hecho “no puede por sí mismo justificar el que un órgano como la Comisión interfiera con la prerrogativa, en principio reservada a cada Estado para diseñar su propio sistema de representación política, a menos que el sistema adoptado sea manifiestamente arbitrario”.

En relación con lo resuelto en *Ríos Montt*, el comisionado plantea que:

“La Comisión ha mostrado en el pasado cierto grado de deferencia en favor de los Estados

(78) BARBOSA DELGADO, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: in-

tervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, nro. 26, 2011, p. 111.

(79) CANDIA, Gonzalo, “Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, p. 11, disponi-

ble en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406705.

partes al interpretar el art. 23. En el Informe 30/93, por ejemplo, la Comisión estableció que los arts. 23 y 32 de la Convención habilitaban a Guatemala a establecer ciertas limitaciones al derecho a ser elegido a la luz del contexto histórico en el cual fueron adoptadas.”

Considero interesante traer aquí, la siguiente consideración de Goldman al respecto:

“En el presente caso, la mayoría ha concluido que el Estado es responsable por la violación del derecho al sufragio universal e igual consagrado en el art. 23[1](c) en conjunción con el art. 24 de la Convención, toda vez que los ciudadanos chilenos se ven impedidos de votar por los llamados senadores “designados” y vitalicios, lo que calificó como una “discriminación injustificada”. Sin embargo, no surge de los alegatos de los peticionarios en el presente caso que se encuentren impedidos de votar o ser elegidos u obligados a participar en las elecciones en condiciones de desigualdad con el resto de los votantes o los candidatos al 80 por ciento de las vacantes de la Cámara alta, dentro del sistema bicameral que rige en el Congreso de la República de Chile. Las alegaciones se refieren más bien al impedimento de votar y ser elegido al 20 por ciento restante y al posible efecto de la asignación de escaños a los senadores “vitalicios” (como el General (r) A. Pinochet) y a los llamados senadores “designados”, prevista en el art. 45 de la Constitución.

Por lo tanto, las alegaciones de los peticionarios no se relacionan fundamentalmente con el derecho a elegir y ser elegido, sino a la conveniencia de la asignación automática del 20 por ciento de los escaños en la Cámara alta del órgano legislativo conforme a ciertos criterios basados principalmente en la participación previa en la función pública. Cabe recordar que aparte de su origen y de los procesos emprendidos ya sea para legitimarlo o deslegitimarlo, el arreglo previsto en la Constitución chilena es comparable a aquel que rige en varios sistemas democráticos de este Hemisferio y otras regiones del mundo y, como estos, es el resultado de factores históricos, sociales o políticos.”

III.3.a.ii. Casos de la Corte IDH

De modo mucho más limitado que su par europeo, la Corte IDH ha recurrido, la gran mayoría de modo implícito, a la doctrina del margen nacional de apreciación al emitir OC o resolver casos a lo largo de estas cuatro décadas de existencia institucional.

Repasaremos los principales precedentes en la materia.

a) OC 4/84

Como hemos ya visto en el apart. 1) de este Capítulo, la Corte hizo alusión por primera vez al margen nacional de apreciación en la OC 4/84 sobre *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica*.

El 19 de enero de 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica. El Estado contemplaba la posibilidad de reformar los arts. 14 y 15 de su Constitución política. A tal fin, pidió a la Corte que determine la compatibilidad de las modificaciones proyectadas a dichos artículos con los arts. 17, párr. 4, 20 y 24 de la CADH.

Las modificaciones que el proyecto de reforma pretendía introducir en el art. 14° se referían a temas de nacionalidad. De acuerdo con el régimen constitucional entonces vigente los nacionales de otro país centroamericano, que lo sean por nacimiento, requerían solo un año de residencia y acreditar una buena conducta para adquirir la nacionalidad de Costa Rica. Con la reforma, pasarían a recibir el mismo trato los nacionales españoles y de los restantes países iberoamericanos, que lo son por nacimiento.

Para los nacionales por nacimiento de España y de países iberoamericanos, en el texto original se les exigía dos años de residencia en el país, mientras que en la reforma planteada se

requería que hayan residido oficialmente por un término mínimo de cinco años (al igual que a los nacionales por nacimiento de otros países centroamericanos).

A los nacionales españoles o de países de Iberoamérica o Centroamérica que no lo sean por nacimiento, y al resto de los extranjeros, en el texto vigente de la Constitución se les exigía un mínimo de cinco años de residencia. En cambio, en el texto reformado, se requería que hayan residido en el país por un mínimo de siete años.

En el texto original, se le otorgaba la ciudadanía a la “mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense”. En la reforma planteada, en caso de no perder su nacionalidad al casarse, era un requisito para la obtención de la nacionalidad que la mujer haya estado casada dos años con un costarricense y que haya residido por ese mismo período en el país.

Los cambios en el art. 15 eran los siguientes: el art. 15 original disponía lo siguiente: “el que solicite naturalizarse debe acreditar de previo su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido y prometer que residirá en la República de modo regular”. A esto, la reforma propuesta agregaba que la persona también debía acreditar “que sabe hablar, escribir y leer el idioma español”, y que además “se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”.

En su OC la Corte IDH se pronunció sobre ambos artículos. Respecto al derecho a la nacionalidad, reconocido por el art. 20 de la Convención, opinó que no estaba afectado en el proyecto de reforma constitucional. En relación con los arts. 24 y 17.4 de la Convención declaró que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros; tampoco lo es limitar esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento. Agregó que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del art. 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización.

Por último, opinó que sí constituye discriminación incompatible con los arts. 17.4 y 24 de la Convención estipular en el art. 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.

Con relación al margen nacional de apreciación, la Corte IDH expresó que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados en la reglamentación de la nacionalidad puesto que ella “junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana”, protegido por el art. 20 de la Convención. En este sentido, dijo que corresponde al derecho interno del Estado regular la cuestión en torno a la nacionalidad; ello quedaría dentro del margen de apreciación del Estado (aunque no mencione a este margen expresamente), siempre y cuando “no se vulneren otros principios superiores”, relativos a la protección internacional de los derechos humanos:

“Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del

Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad”.

De acuerdo con lo previamente mencionado, agregó que:

“Algunos de los problemas que se plantean en el proyecto de reforma no son materia jurídica; mientras que otros, aun siéndolo, no están llamados a ser objeto de consideración por esta Corte, ora por carecer de trascendencia desde el punto de vista de los derechos humanos, ora, porque, aun teniéndola tangencialmente, caen dentro de las materias reservadas al dominio exclusivo del derecho interno de Costa Rica (...) Estando la reforma, en general, orientada a restringir las condiciones para adquirir la nacionalidad costarricense por naturalización, pero no a cancelar esa nacionalidad a ningún ciudadano que la disfrute en el presente o a prohibir el derecho a cambiarla, la Corte no encuentra que la misma esté formalmente en contradicción con el citado art. 20 de la Convención”.

En relación con el art. 24 de la Convención, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana dijo que un tratamiento jurídico diferente solo es apropiadamente discriminatorio cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. A excepción de la establecida por el art. 14° inc. 4, concluyó que las diferencias de trato consagradas por los arts. 14 y 15 del proyecto se basaban en motivos objetivos y razonables, por estar relacionados a la capacidad de quien aspira obtener la nacionalización de incorporarse a la comunidad costarricense y de adaptarse a su sistema de valores e intereses. De este modo, opinó que estas distinciones quedaban dentro del margen nacional de apreciación del Estado.

Por último, la Corte expresó en el párr. 62:

“Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis (...) constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país”.

b) Caso Herrera Ulloa [2004]

Los días 19, 20 y 21 de mayo de 1995, el periódico “La Nación” publicó artículos en los cuales Mauricio Herrera Ulloa vinculaba a Félix Przedborski (delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica) con diversas conductas ilícitas. A raíz de la publicación de estas acusaciones, Félix Przedborski interpuso dos querrelas contra el periodista por delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, y ejerció una acción civil resarcitoria contra el Sr. Herrera Ulloa y contra el periódico “La Nación”.

El 29 de mayo de 1998 se dictó una sentencia que absolvía a Mauricio Herrera Ulloa por ausencia de dolo requerido para configurar el tipo penal. Sin embargo, el abogado del Sr. Przedborski interpuso un recurso de casación y en mayo de 1999 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica anuló la sentencia casada. En noviembre de ese mismo año se emitió una sentencia condenatoria contra el Sr. Herrera Ulloa y se condenó a “La Nación” como medio en el que se publicaron los artículos difamantes, como responsable civil solidario. En diciembre el defensor del querrelado, y apoderado del periódico interpuso un recurso de casación contra tal sentencia; Herrera Ulloa interpuso otro, pero ambos fueron declarados sin lugar en enero del 2001.

En marzo del 2001 se realizó la presentación de la petición frente a la CIDH, la cual adoptó

medidas cautelares y solicitó al Estado que suspendiera la ejecución de la sentencia condenatoria de noviembre de 1999 hasta tanto la Comisión hubiera examinado el caso. En diciembre se informa su admisibilidad, estando la Comisión a disposición de las partes con el objetivo de alcanzar una solución amistosa. En octubre del 2002 la Comisión recomendó al Estado dejar sin efecto la sentencia condenatoria contra Herrera Ulloa y el periódico representado por Fernán Vargas Rohrmoser, otorgando al Estado un plazo de dos meses para darles cumplimiento.

El caso fue remitido a la Corte IDH el 28 de enero del 2003. La CIDH demandó al Estado de Costa Rica y solicitó que se declare la responsabilidad internacional de este Estado por la presunta violación del art. 13 de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1 y 2, en perjuicio de Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser. La Comisión solicitó también que se ordene al Estado que otorgue una compensación por los perjuicios causados a las presuntas víctimas; deje sin efecto y elimine todas las consecuencias derivadas de la sentencia condenatoria emitida contra el señor Mauricio Herrera Ulloa, así como los efectos derivados de la sentencia contra Fernán Vargas Rohrmoser. Por su parte, los representantes de las víctimas coincidieron con lo alegado por la CIDH y alegaron también la violación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana. La audiencia ante la Corte IDH fue realizada en mayo del 2004.

El principal asunto que trató la Corte es el derecho a la libertad de pensamiento y expresión reconocido en el art. 13 de la CADH. Esta cláusula reconoce a quienes están bajo la protección de la Convención no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, por lo que tal libertad tenía una dimensión no solo individual sino también una social, que comprende el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Según la Corte, tal derecho comprendía también el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacer que este llegue al mayor número de destinatarios. Esta menciona a su vez una estrecha relación existente entre la libertad de expresión y la democracia ya que, sin una efectiva libertad de expresión, la democracia se desvanecería.

Asimismo, la Corte se refirió también a las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y expresión de una sociedad democrática, destacando que no se trata de un derecho absoluto, sino que este puede ser objeto de restricciones. Así, mencionó el art. 13.2 de la Convención Americana que prevé la posibilidad de poner restricciones a tal libertad, aplicando responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, que no deben limitar más allá de lo estrictamente necesario. Para poder determinar responsabilidades ulteriores deben cumplirse los siguientes tres requisitos: deben estar expresamente fijados por ley, deben estar destinadas a proteger los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden o la salud o moral pública y deben ser necesarias en una sociedad democrática, interfiriendo lo menor posible en el efectivo ejercicio del derecho de libertad de expresión. En este contexto, la Corte especificó que las expresiones referidas a funcionarios públicos deben gozar de un margen de apertura y libertad para permitir debates respecto de asuntos de interés público, esenciales para el funcionamiento de un sistema democrático. Esto no tiene fundamento en la calidad del sujeto, sino en el interés público que conllevan sus actividades, considerando que tales personas se han puesto voluntariamente a una mayor exposición a críticas y opiniones. En el presente caso, la Corte dijo que la información dada en la prensa de Bélgica sobre Félix Przedborski produjo gran atención por parte del periodista Herrera Ulloa quien reprodujo tal información, limitándose a la mera reproducción. De esta forma, la Corte considera que Costa Rica violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrada en el art. 13 de la Convención Americana, en perjuicio del Sr. Herrera Ulloa.



Por otro lado, la Corte también analizó el derecho a las garantías y protección judicial. Con respecto a esta garantía mencionó que los Estados tienen el deber de asegurar la debida aplicación de los recursos y las garantías del debido proceso legal ante autoridades competentes que amparen a toda persona contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Para ello, es preciso que se observen todos los requisitos para hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho. Al mencionar las garantías la Corte habló sobre el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, garantía primordial que debe ser respetada para que la sentencia pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía. En el art. 8.2 de la Convención Americana incluso se contempla que el recurso de dicho tratado debe ser uno ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones contrarias al derecho. La Corte dijo que, 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”, por lo que la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin mayores complejidades. Es por esto que se consideró que los recursos presentados contra la sentencia condenatoria en cuestión no satisficieron tal requisito de ser un recurso amplio que permite un análisis por un juez o tribunal superior, considerando entonces que Costa Rica violó también el art. 8.2 de la Convención Americana.

A la vez, la Corte mencionó en su análisis el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial, expresando que toda persona sujeta a un juicio ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe según el procedimiento legalmente previsto para la resolución del caso que se le somete, para así dar una mayor objetividad al enfrentar el juicio. Por este motivo, observó que los magistrados que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir en mayo del 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przeborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron en 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”. La Corte entonces concluyó en que los magistrados, al resolver los dos recursos de casación interpuestos, no reunieron la imparcialidad debida por lo que el Estado de Costa Rica violó el art. 8.1 de la Convención Americana.

Con respecto al derecho a la presunción de inocencia, la Corte, a diferencia del resto de los derechos mencionados, considera que el Estado no violó tal derecho, consagrado en el art. 8.2 de la Convención Americana, ya que la sentencia dictada por el Tribunal Penal en noviembre de 1999 exigió al Sr. Herrera Ulloa prueba sobre la veracidad de hechos publicados en periódicos de Bélgica y reproducidos en “La Nación”.

La Corte, por los argumentos mencionados anteriormente, declaró que el Estado de Costa Rica violó tanto el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 de dicho tratado, como el derecho a las garantías judiciales consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el art. 1.1 de la misma, y en el art. 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. Asimismo, dispuso que el Estado debía dejar sin efecto la sentencia emitida en noviembre de 1999, que dentro de un plazo razonable debía adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que debía pagar al Sr. Herrera Ulloa una reparación por daño inmaterial

y los gastos de su defensa legal ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En caso de que el Estado incurriera en mora, estableció que debería pagar un interés sobre la cantidad adeudada. Se dispuso también que, en el plazo de 6 meses a partir de la notificación de la Sentencia, el Estado debería rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento a esta sentencia, la cual daría por concluido el presente caso cuando el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en ella.

Finalmente, en noviembre del 2010, la Corte declaró que la República de Costa Rica había dado pleno cumplimiento a la Sentencia emitida el 2 de julio de 2004 en el caso Herrera Ulloa, de conformidad con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impone a los Estados Partes en la Convención Americana la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte. Por este motivo, la Corte dio por concluido el caso Herrera Ulloa, dado el cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte IDH en el 2004.

En relación con la doctrina del margen nacional de apreciación, ella es referida de modo marginal y acotado sobre la facultad de los Estados para regular los recursos procesales, siempre que se respete el contenido esencial del derecho y su efectividad. Afirma en su fallo la Corte IDH:

“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 art. 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 estos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Consid. 161)”

c) *Castañeda Gutman v. México* [2008]

El 5 de marzo de 2004, Jorge Castañeda Gutman presentó al Consejo General del Instituto Federal Electoral una solicitud de inscripción como candidato independiente al cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos para las elecciones del 2 de julio de 2006. Señaló que esta solicitud de registro se hacía en ejercicio del derecho que le otorgaba el art. 35, fracción II de la Constitución mexicana. La Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos le informó al señor Castañeda Gutman que no podían atender su petición, ya que correspondía únicamente reconocer este derecho a los partidos políticos nacionales, y además el plazo para el registro de candidaturas para presidente de los Estados Unidos Mexicanos se extiende del 1 al 15 de enero del año de la elección (es decir, enero de 2006), por lo que ya se había vencido ese término.

A raíz del rechazo de su candidatura, el actor presentó una demanda de amparo ante el juzgado de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal. Sin embargo, dicho juzgado resolvió rechazar el recurso. Castañeda Gutman decidió entonces interponer un recurso contra la decisión del Juzgado Séptimo, pero el recurso también fue rechazado por la Corte Suprema de México. Por este motivo, el actor no pudo candidatar a las elecciones presidenciales.

Jorge Castañeda Gutman consideró vulnerados una serie de derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: los derechos políticos (art. 23), la igualdad ante la ley (art. 24) y la protección judicial

(art. 25), por lo que acudió a los órganos del SIDH, primero a la CIDH y luego a la Corte IDH.

La Corte, luego de desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado en los términos, declaró en su fallo que:

- El Estado mexicano violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la CADH, en relación con sus arts. 1.1 y 2;

- El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el art. 23.1.b de la CADH, en relación con sus arts. 1.1 y 2;

- El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su art. 1.1.

Al fundar su sentencia, la Corte principalmente destacó que:

“En la época de los hechos del presente caso no habría en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. Debido a ello, la Corte concluye en que el estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por lo tanto violó el art. 25 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.”

Con respecto a los derechos políticos sostuvo que:

“En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana (...). En dicho instrumento se señala que: “[...] [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (...). Por su parte, el párr. 2 del art. 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párr. 1 tiene como propósito único —a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales— evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos.”

La Corte considera que no es su competencia pronunciarse sobre cómo deben garantizar los diferentes Estados en su derecho interno el ejercicio de los derechos convencionales, siempre y cuando no se haga de forma tal que implique una indebida restricción a los derechos humanos consagrados en la Convención.

Implícitamente, se puede ver que la Corte aplicó al resolver este caso la doctrina del margen nacional de apreciación, limitando su competencia y actuando de modo deferente al criterio de las autoridades nacionales. El tribunal realiza una interpretación de la CADH de acuerdo con la realidad de cada país, para no entrometerse en realidades legislativas que se encuentran fuera de su competencia. Para esto, incluso, recurrió al análisis de la jurisprudencia mexicana, para asegurarse de que esta interpre-

plantea que “La vida del embrión humano es, desde el principio humana”, cfr. <http://declaraciondeguanajuato.org/>.

tación no era exclusiva de este caso concreto, sino que existía una continuidad en interpretación y aplicación de la ley electoral. Al respecto, la Corte señaló 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.”

La Corte IDH consideró que la forma de reglamentar las candidaturas y sus límites estaba dentro del margen de apreciación del Estado mexicano siempre y cuando no se incurra en una violación manifiesta a los derechos o un claro supuesto de discriminación.

d) *Caso Artavia Murillo c. Costa Rica* [2012]

Un claro y abierto conflicto entre la Corte IDH y el Congreso y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se ha dado en torno al caso “Artavia Murillo”, sobre fecundación *in vitro*. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del dec. 24029-S del Poder Ejecutivo, que regulaba los tratamientos de fecundación *in vitro*, tanto por tratarse de una materia que correspondía normar al Poder Legislativo como por afectar al derecho a la vida de las personas por nacer.

Disconforme con la decisión de la Sala Constitucional, los accionantes acudieron a la Corte IDH, que en el caso “Artavia Murillo” declaró la inconvencionalidad de esa sentencia y ordenó al Estado el dictado de una legislación que contemplara los tratamientos de fecundación *in vitro*.

En su sentencia, la Corte IDH condenó a Costa Rica a cumplir lo siguiente:

“1. Adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV [fecundación *in vitro*] y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados. Informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto;

2. Regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia;

3. Establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

4. La Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes los requieran y de los planes diseñados para este efecto”.

El Parlamento de Costa Rica se negó al dictado de esa norma por entender que ella era violatoria de la Constitución nacional, que protege el derecho a la vida de las personas por nacer (80). En virtud de ello, el Poder Ejecutivo dictó el nuevo dec. 39210-MP-S, que habilitaba la práctica de tratamientos de fecundación *in vitro*, sancionado para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana.

(80) La decisión de la Corte IDH mereció también una dura crítica en lo que se dio en llamar la Declaración de Guanajuato,

firmada por más de 1300 personas, entre ellos muchos académicos del continente americano, la cual básicamente

El 3 de febrero de 2016 dicho decreto fue declarado inconstitucional por la Sala de la Corte Suprema de Costa Rica por entender que dicha materia no podía ser regulada por decreto, sino por ley (81). Mediante la presentación de tres escritos (4, 11 y 16 de febrero de 2016), la República de Costa Rica hizo saber a la Corte IDH lo decidido por la Sala Constitucional y solicitó a la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos que “otorgara vigencia temporal al referido Decreto Ejecutivo mientras no se emita una norma de rango superior”.

Por medio de su sentencia del 26 de febrero de 2016, la Corte IDH declaró que, de ahí en adelante, la prohibición no podía “producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención”. Por lo tanto, concluyó lo siguiente:

“[D]ebe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica”.

Puede observarse en este caso con claridad como la Corte IDH, a diferencia de los casos ya vistos de la Corte EDH sobre fecundación in vitro, decide incursionar en la regulación jurídica de una temática fuertemente controvertida en el ámbito nacional. En lugar de acudir a la doctrina del margen nacional de apreciación como su par europeo, la Corte IDH impone su propio criterio en la materia, con las consiguientes reacciones por parte del órgano legislativo nacional que se resiste al cumplimiento de lo decidido por el tribunal regional, por no compartir su criterio y por entender que se trata de un asunto propio del ámbito nacional. Incluso para hacer cumplir su sentencia la Corte IDH deja de lado el principio constitucional de legalidad y de división de poderes.

e) Caso *Atala Riffo*

En el caso *Atala Riffo* se discute si Chile había violado el derecho a la igualdad y a la vida privada y familiar de la jueza Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual. Una decisión adoptada en un juicio de tenencia posterior al divorcio le había retirado el cuidado y custodia de sus hijas, porque ella convivía con otra persona de su mismo sexo.

A juicio del Tribunal, la “visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala [...] generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad” (82). En este fallo, el Tribunal vincula, por primera vez en su jurisprudencia, el concepto de *orientación sexual* con el de *vida privada*, uno de los derechos consagrados en el art. 11 CADH.

El art. 11 se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, sin embargo, a criterio del tribunal regional su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada: “La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás” (83). Estas líneas ya avistan la nueva creación jurisprudencial: algunos de los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos en la Convención Americana bajo la fórmula de la protección a la vida privada del art. 11.

Sumado a lo anterior, la Corte IDH aprovecha el contexto del caso para proponer también una reinterpretación del art. 17 convencional, algo distante del tenor del artículo, pero siguiendo un amplio número de opiniones de organismos internacionales reseñados detalladamente en la sentencia. Al decir del Tribunal, no existe un modelo único de familia protegido por la Convención (84) y, más bien, por el contrario, cualquier intento por imponer “un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el art. 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del art. 17.1 de dicha Convención” (85).

Así las cosas, la sentencia del caso *Atala Riffo* permite observar que, en esta nueva versión de dignidad, las preferencias personales en cuanto su fuente sea la autonomía, son protegidas, en sí mismas, como expresiones de la dignidad humana.

Si comparamos este fallo con la sentencia del caso *Frette* resuelto por la Corte EDH y que ya hemos examinado en el apart. 3 A) de este capítulo, podemos observar cómo, en materias muy similares, el tribunal regional europeo fue deferente con el criterio y la solución adoptada por las autoridades nacionales en un tema fuertemente debatido a nivel social, mientras que la Corte IDH decidió imponer su criterio en base a una interpretación amplia, extensiva y dinámica de la CADH.

f) Caso *B* (86)

En este caso la Corte IDH dictó una medida provisional por lo cual autorizó de modo indirecto la realización de un aborto terapéutico en abierta oposición a la interpretación de los hechos del caso realizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. El caso trata sobre una señora (la Sra. B) quien, al padecer “lupus eritematoso discorde” y estar embarazada, solicitó la posibilidad de practicarse un aborto terapéutico para proteger su vida ante el riesgo de muerte que generaba el embarazo en su estado. Esto en razón a que, en El Salvador, al momento de solicitarse el amparo, existía una penalización absoluta del aborto. Después de hacer una ponderación de los derechos de la madre y del *nasciturus*, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de aquel país concluye que no puede autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a vida de la persona humana, desde el momento de la concepción.

No obstante, lo anterior, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador advierte que a la Señora B. se le habían suministrado los medicamentos necesarios para estabilizarla evitando que se pusiera en riesgo su vida o la del *nasciturus*. Asimismo el tribunal nacional determinó que la necesidad de una intervención médica es una decisión que corresponde a los profesionales de la medicina de acuerdo con su conocimiento técnico y asumiendo la responsabilidad del ejercicio de su profesión, y no de la Corte Suprema. Por lo tanto, rechazó el amparo constitucional interpuesto.

La Corte IDH conoció del caso con fundamento en el art. 63 de la CADH, y adoptó una resolución precautoria, porque consideró que las condiciones de la salud de la señora B. evidencian el riesgo de complicaciones médicas que pueden llevar a la muerte. A pesar de que el estado de salud de la paciente era estable, la Corte IDH concluyó que hay un estado de urgencia porque el embarazo y la historia de la enfermedad de la señora indican que podría presentarse una crisis en cualquier momento. Adicionalmente la Corte IDH resuelve que existe inminencia de un daño si no se toman las medidas necesarias con fundamento en un informe medio que aduce que la

mujer puede verse gravemente afectada como consecuencia de su embarazo en su salud o su vida. Por consiguiente, la Corte IDH ordenó a El Salvador que adoptará y garantizará, de manera urgente, todas las medidas necesarias para que el personal médico tratante pudiera adoptar, sin interferencia, las medidas que consideren oportunas incluidas la intervención del embarazo de la señora B.

También en este caso vemos notables diferencias entre el criterio que adopta la Corte IDH y la postura que el tribunal europeo adoptó en el caso *Vo*, ya examinado anteriormente.

g) Caso *Duque c. Colombia* [2016]

El 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia*. La Comisión alegó que, 19 de marzo de 2002, Duque fue excluido de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, únicamente porque se trataba de una persona del mismo sexo. Esta pensión tenía la finalidad de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte. La normatividad colombiana vigente en ese momento negaba a las parejas del mismo sexo un reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes (arts. 1 de la ley 54 de 1990 y 10 del dec. 1889 de 1994).

La Comisión declaró que el “concepto limitado y estereotipado del concepto de familia”, que solo incluía a aquellas familias conformadas por parejas del mismo sexo, resultaba arbitrario; y que todas las formas diversas de familia eran merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana. Sobre esta base concluyó en que el Estado violó el *principio de igualdad ante la ley y no discriminación* contenido en el art. 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los arts. 1.1 del mismo instrumento.

La Corte declaró que, para que una diferencia de trato no sea discriminatoria, debe tener una justificación objetiva y razonable, es decir, debe perseguir un fin legítimo y emplear medios que resulten proporcionados con dicho fin. Agregó que “la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”.

La Corte consideró que el Estado no presentó ningún motivo razonable y objetivo que justificara la restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. A causa de esto, decidió que la existencia de la normativa en el año 2002 que imponía dicha restricción configuraba “una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional”.

En conclusión, la Corte decidió que el Estado era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación, reconocidos en el art. 24 de la Convención, en relación con el art. 1.1, en perjuicio del señor Ángel Duque, a quien se le negó el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana.

En relación con la doctrina del margen nacional de apreciación, el Tribunal expresó en el Considerando 123:

“La falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los de-

rechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso, no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.

Por el contrario, en su voto parcialmente disidente, el juez Eduardo Vio Grossi se opuso a la supuesta violación del art. 24º de la Convención combinado con el 1.1 del mismo instrumento, basando su postura en esta doctrina. El juez chileno disidente menciona que no existía ningún tratado ni norma de derecho internacional que aludiera a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En cambio señaló que ellas fueron reconocidas en solo cinco Estados Partes de la Convención con posterioridad al año 2002. En este sentido, aseguró que “el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno”. Y luego sostiene en su voto disidente:

“A la época del hecho (...) 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. 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 aquel. 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”.

Sumado a esto, sostuvo que lo relativo a las uniones de hecho o civiles entre personas del mismo sexo y sus consecuencias (tales como la pensión de supervivencia), por ser cuestiones “de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad”, deben ser resueltas por las autoridades nacionales, y no por la Corte Interamericana. Esto, en su opinión, resulta más democrático y suministra “mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte”.

“En otras palabras, lo que se sustenta en este voto se hace sobre el supuesto de que a quien le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación a asuntos de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados Partes y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano, de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte”.

En el contrapunto entre mayoría y minoría subyace la adhesión o no a la doctrina del margen nacional de apreciación. La mayoría no acude a ella, mientras que la disidencia del juez

(81) Cfr. Sentencia N° 2016-001692.

(82) Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, TR LALEY AR/JUR/13845/2012. Serie C No. 239, párr. 169.

(83) *Ibidem*, párr. 162.

(84) *Ibidem*, párr. 172.

(85) *Ibidem*, párr. 175. Al respecto puede verse: Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados*

de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

(86) Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas provisionales respecto de El Salvador.



Vio Grossi, lo mismo que el tribunal europeo, basan en ella su decisión deferente hacia las autoridades nacionales.

h) OC 24/17 [2017]

La OC 24/17 sobre el tratamiento de las uniones homosexuales es otra muestra del activismo de la Corte IDH y su postura reticente para acudir a la doctrina del margen nacional de apreciación.

Costa Rica, a través de su Poder Ejecutivo, había consultado acerca de si el principio de igualdad de igualdad consagrado en la CADH obligaba a hacer extensivos los privilegios patrimoniales del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Yendo más allá de los términos estrictos de la consulta, la Corte IDH sostuvo la necesidad de la plena equiparación jurídica de las uniones de personas del mismo sexo con el matrimonio heterosexual.

Sostiene el tribunal regional en su extensa OC que, si bien el art. 17.2 de la CADH estipula claramente que el matrimonio y la posibilidad de fundar familia es un derecho de hombre y mujer, esta mención es solo una forma expresa de la protección convencional de una modalidad particular de matrimonio (87). Esta interpretación evolutiva del concepto de *familia* y *matrimonio* se basa en la premisa que “cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de estos cambiaría con el tiempo” (88). Por consiguiente, la Corte IDH sostiene que el concepto de *familia* consagrado en la CADH debe ser interpretado de acuerdo con la noción de familia en la región que ha cambiado por la práctica y paso del tiempo. En este sentido, la Corte IDH que concluye que existen varias formas de familia que incluye aquellas constituidas mediante el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo. De no protegerse estas formas de familia, “frustraría el objeto y fin de la Convención”, que es la “protección de los derechos fundamentales de los seres humanos sin distinción alguna” (89).

Si bien la Corte IDH acepta que su rol no es distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro (90), justifica su competencia para modificar el concepto de *familia* que existía cuando se suscribió la CADH y consagrado en el art. 17.2 de la CADH, y remplazarlo por otro basada en la premisa de que quienes redactaron la CADH “no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí reconocidos”, razón por la cual la intención de los Estados parte era conferir a la Corte IDH la “tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos” (91).

De acuerdo con la Corte IDH, una familia es aquella unidad social que puede ser constituida por medio de cualquier relación afectiva “con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo” (92). En este sentido, la Corte IDH acepta que pueden existir familias con diversas identidades de género u orientación sexual (93). La consecuencia lógica de esta redefinición del concepto de *familia* protegido por la CADH es que las parejas del mismo sexo son beneficiarias y responsables de la misma forma que las

parejas heterosexuales en aspectos que incluyen impuestos, herencias, derechos de propiedad, reglas de sucesión, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, y derechos de sobrevivientes, entre otros. En otras palabras, la argumentación de la Corte IDH sobre el mandato de trato igual en relación con derechos patrimoniales y otros derechos para parejas del mismo sexo es una consecuencia de haber aceptado que el concepto de *familia* incluye toda relación afectiva con ánimo de permanencia, de modo que el tema central no es sobre los derechos de estas parejas en igualdad sino la reconceptualización de la noción de matrimonio y familia protegida por la CADH, la que permite a la Corte IDH llegar a la conclusión que llega. Finalmente la Corte IDH determinó en la mencionada OC que crear una institución que no se llame *matrimonio* para proteger el vínculo entre parejas del mismo sexo, aun a pesar de que tenga los mismos efectos, sería una violación al principio de igualdad y no discriminación y por tanto incompatible con la CADH, porque otorgaría tratos diferentes a heterosexuales y homosexuales (94). Este fue el único punto que no fue votado en unanimidad por la Corte IDH, pues el juez Vio Grossi estuvo en desacuerdo con la decisión de la Corte IDH (95).

En su voto particular en la OC 24/17 el juez Sierra Porto llega a ver en el *principio de legalidad*, base de la legitimidad democrática de las decisiones estatales, un obstáculo para la efectiva vigencia de los derechos humanos tal como son definidos por la Corte IDH:

“Este es un tema de suma importancia para el goce efectivo de los derechos humanos, no solo en Costa Rica, sino también en otros países de la región donde una interpretación restrictiva de la garantía de reserva de ley ha impedido o paralizado la reglamentación de los mismos. A manera de ejemplo, en algunos Estados de la región, este mismo argumento ha sido utilizado para frenar la reglamentación de dos temas en los que urge tener claridad sobre su aplicación, como lo son el acceso al aborto en las tres causales permitidas o el tipo de procesos que se deben adelantar para poder aplicar la eutanasia de forma legal. De manera, que espero que el presente voto contribuya para que los Estados tengan en cuenta que la garantía de reserva de ley no puede ser un obstáculo para el desarrollo de los derechos y mucho menos para el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional que adquirieron al momento de ratificar tratados de derechos humanos como lo es la Convención Americana.”

Describiendo las consecuencias producidas por esta decisión de la Corte IDH, señala Marie-Christine Fuchs:

“Los siete jueces de Costa Rica desencadenaron el primer terremoto político-jurídico a comienzos del año [2017]. En noviembre de 2016 el gobierno costarricense del Presidente Solís, por razones a las que el cálculo político no estaba ajeno, había sometido a consideración de la Corte la consulta legal de si el principio de igualdad consagrado en la CADH obligaba a hacer extensivos los privilegios patrimoniales del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Los jueces no solo respondieron afirmativamente a esta pregunta; en su Opinión Consultiva del 9 de enero de 2018, de 145 páginas,

fueron aún más lejos al afirmar que una disposición legal de aplicación exclusiva para parejas heterosexuales sería discriminatoria y por ende inadmisibles. Las parejas homosexuales deberían por tanto tener acceso a todos los atributos legales de los matrimonios heterosexuales, incluso al matrimonio y a la adopción. La constitución de una unión de hecho sería insuficiente para facilitar la realización plena del principio de igualdad. Además, luego de someterse a un cambio de sexo las personas transsexuales deben tener el derecho a la actualización de sus nombres en los registros públicos. (...) Poco tiempo después, las elecciones presidenciales de Costa Rica pusieron de manifiesto hasta qué punto la decisión de la Corte se había convertido en un asunto político. El fallo sobre el “matrimonio homosexual” se dio a conocer pocos días antes de la primera vuelta presidencial del 4 de febrero de 2018 y ejerció una influencia considerable en la campaña electoral y los resultados. Según las encuestas, antes de la publicación de la Opinión Consultiva, la candidatura de Fabricio Alvarado, cantante evangélico y periodista de televisión, contaba con alrededor del 3% de la intención de voto. Después del 9 de enero de 2018 y luego de establecer la oposición contra el matrimonio entre personas del mismo sexo y la voluntad de promover la denuncia de la CADH por parte de Costa Rica como único tema de campaña, Alvarado obtuvo 24,9% de los votos en la primera vuelta” (96).

Fabricio Alvarado propuso denunciar la CADH por lo que consideró eran indebidas injerencias de la Corte IDH en Costa Rica, en contra de los valores familiares y de protección de la vida humana naciente (97). Finalmente, perdió la segunda vuelta electoral y Costa Rica permanece plenamente en el SIDH.

También en este caso, el criterio adoptado por la Corte IDH es bien diverso de lo que en la misma materia sostuvo la Corte EDH, quien, como hemos visto, consideró que la decisión acerca de la regulación de las uniones de las personas del mismo sexo es una decisión que corresponde adoptar a las autoridades nacionales y que la asimilación con el matrimonio heterosexual no constituye un derecho convencionalmente protegido por la CEDH.

En este caso, al igual que en el caso *Artavia Murillo*, se pueden ver los cimbronazos políticos y jurídicos que se pueden generar cuando un tribunal regional no respeta el margen nacional de apreciación en cuestiones fuertemente debatidas en el interior de los países.

IV. Conclusiones

Después de haber analizado en los anteriores apartados una veintena de casos, pueden advertirse notables diferencias entre la adhesión y frecuente utilización y desarrollo de la doctrina del margen nacional de apreciación por parte de la Corte EDH y su muy poco significativo empleo por parte de la Corte IDH. También se advierte un empleo poco consistente de la mencionada doctrina en las dos decisiones de la CIDH que hemos examinado.

Con base en la doctrina del *margen nacional de apreciación*, la Corte EDH evitó pronunciarse sobre el matrimonio homosexual (98), la presencia de crucifijos en los espacios públicos (99), la prohibición del velo en los espacios

públicos (100), el momento de comienzo de la vida (101), la tenencia de menores por personas del mismo sexo, el régimen jurídico de las uniones homosexuales, la regulación de la fecundación *in vitro* (102), etc., considerando que los convenciones constituyentes, los parlamentos y los tribunales nacionales tienen mayor legitimidad e idoneidad para definir estos temas controvertidos de acuerdo a los principios que inspiran las democracias constitucionales.

En sentido contrario, la Corte IDH ha incurrido en los últimos años en temas conflictivos como la fecundación *in vitro* (103), inducción de parto (104), cuestiones relativas a la orientación sexual y las relaciones de familia (105), alcance de los derechos económicos y sociales (106), uniones de personas del mismo sexo (107), etc., en los cuales la definición sobre si se ha afectado el contenido esencial de los derechos convencionales y cómo se armonizan los derechos y bienes públicos en juego es sumamente problemática.

Mientras que la Corte EDH ha esquivado definir cuestiones controvertidas de ética social, la Corte IDH se ha mostrado muy partidaria de hacerlo.

Detrás de la adopción o no de estas doctrinas subyacen la adopción de posturas de autolimitación por parte de la Corte EDH y de un marcado y excesivo activismo por parte de la Corte IDH.

Nos parece que, por los fundamentos desarrollados en el apart. 2) de este Capítulo, no solo es conveniente, sino muy necesaria la adopción de esta doctrina para la adecuada articulación entre los sistemas nacionales y el interamericano de protección de los derechos humanos.

Se advierte, por tanto, una creciente necesidad de que, siguiendo el modelo de la Corte EDH, la Corte IDH en su actuación jurisdiccional respete estrictamente el principio de subsidiariedad tanto en su dimensión procesal (agotamiento de las instancias locales), como sustantiva (reconocimiento de un cierto margen nacional de apreciación). Ello contribuirá a consolidar su autoridad institucional y evitará conflictos innecesarios con los estados miembros del SIDH, quienes son los principales actores y responsables. La Corte IDH debe reservar su poder jurisdiccional para aquellas violaciones derechos humanos más claras e indudables, lamentablemente muy abundantes en nuestros países, y resistir la tentación de transformarse en una Corte Constitucional regional, misión para la cual no ha sido concebida. La sana autolimitación en los casos referidos a determinados temas fuertemente debatidos a nivel local le otorgará la necesaria autoridad para desempeñar con eficacia su rol institucional, en adecuada armonía con los órganos de gobierno local. Los conceptos, argumentos y experiencias desarrollados a lo largo de la obra pueden iluminar ese derrotero.

V. Bibliografía

AA.VV., “Protection des droits de l’homme: la dimension européenne”, Ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988.

ALBANESE, Susana (coord.), “El control de convencionalidad”, Ediar, Buenos Aires, 2008.

(87) Corte IDH. *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., nota supra 162, párr. 182.

(88) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, TR LALEY IC/JUR/5/2017. Serie A No. 24. párr. 188. Esta opinión está fundamentada en el caso de la CIJ Corte Internacional de Justicia, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica Vs. Nicaragua)*, Sentencia de 13 de julio de 2009, p. 213, párrs. 64 y 66

(89) Corte IDH. *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit. nota supra 162, párr. 189.

(90) *Ibidem*, párr. 191.

(91) *Ibidem*, párr. 193.

(92) *Ibidem*, párr. 191.

(93) *Ibidem*, párr. 192.

(94) *Ibidem*, párr. 224.

(95) Cfr. LÓPEZ LATORRE, Andrés Felipe e IBARZABAL, Milagros, “La Corte de la igualdad”, en SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucia (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, 2018, p. 478, de donde tomamos la reseña de la OC 24/17.

(96) FUCHS, Marie-Christine “¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en actor político?”, disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_51720-1522-4-30.pdf?180312223822.

(97) Cfr. <https://www.nacion.com/el-pais/politica/dipomaticos-con-fabricio-sugieren-cambios-para-5TZEQSDFD5AQFMVORWIK5ED2RY/story/>.

(98) Cfr. CEDH, Caso “Chapin et Charpentier vs. Francia”

[GC], Nº 40183/07, del 09/06/2016, donde, como hemos visto, se afirma por unanimidad que “la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a ningún Estado a ampliar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales”. Puede verse aquí una notable diferencia entre la postura de la Corte EDH y la asumida por la Corte IDH en la OC 24/17.

(99) Cfr. CEDH, Caso *Lautsi et autres c. Italie* [GC], Nº 30814/06, 18 mars 2011, TR LALEY AR/JUR/4864/2011.

(100) Cfr., entre otros, CEDH, Caso *Belcemi et Oussar c. Belgique*, Nº 37798/13, del 11/07/2017.

(101) Cfr. CEDH, Caso *Vo v. Francia*, 2004.

(102) Cfr. CEDH, Caso *S. H. y otros c. Austria*, 2011.

(103) Cfr. Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

(104) Cfr. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas provisionales respecto de El Salvador.

(105) Cfr. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012, TR LALEY AR/JUR/82353/2012. Serie C No. 254.

(106) Cfr. Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, TR LALEY AR/JUR/109650/2013. Serie C No. 261; Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, TR LALEY IC/JUR/3/2017. Serie C No. 340. Párr. 142.

(107) Cfr. OC 24/17, TR LALEY IC/JUR/5/2017.

ANDORNO, R., "La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano", *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, 14, 2001, p. 46.

BARBOSA DELGADO, Francisco 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*, nro. 26, 2011, p. 111.

BARBOSA DELGADO, Francisco R., "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el estado de derecho y la sociedad democrática", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, ps. 59-60.

BARRA, Rodolfo, "Declaraciones, tratados y convenciones internacionales", en *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 167.

BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nro. 18, 2º semestre 2011, p. 63 y ss.

BERCOVICH, Lucila, "El diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el orden doméstico argentino en materia de doble conforme: garantía exclusiva del imputado en el proceso penal", *Cuaderno de Derecho Judicial*, Universidad Austral, La Ley, Buenos Aires, 2014.

BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional - A.D. 2000 (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1863-2000)", La Ley, Buenos Aires, 2001.

BUENARED, Eduardo, "La doctrina del margen nacional de apreciación y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ED, 2018.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y MONTOYA CESPEDES, Nicolás, "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos", *Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, 2013, cap. VI.

CALLEWAERT, Johan, "La Subsidiarité dans L'Europe des Droits de l'Homme: La Dimension Substantielle", en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000.

CANÇADO TRINDADE, António Augusto, "Fragmentos de primeras memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Jornadas de Derecho Internacional, organizadas por la Universidad Austral y el ISEN en Buenos Aires del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts - Tübingen* (1977-1978).

CANÇADO TRINDADE, Antonio, "El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos", Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 386.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, "O Esgotamento dos Recursos Internos no Direito Internacional", Ed. Universidad de Brasilia, 1997, 2ª ed. actualizada.

CANDIA, Gonzalo, "Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights", en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406705.

CAROZZA, Paolo, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", *The American Journal of International Law*, vol. 97, p. 38.

CARRILLO, Salcedo, J. A., "Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después", Trotta, Madrid, 1999.

CASSESE, Antonio, "International Criminal Law", Oxford, 2003.

DE SHUTTER, Olivier, "La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme: La Dimension Procédurale", en VERDUSSEN, Marc (dir.) *L'Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000.

DEL TORO HUERTA, Mauricio I., "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", 23-61; en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2007.

DELUCA, Santiago, "El principio de subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?", ED, 16/05/2003.

DULITZKY, Ariel E., "An Inter-American Constitutional Court - The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal* 50 (2016 de 2015): 45-94.

DULITZKY, Ariel, "An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Review*, vol. 50, p. 45 y ss.

ELÍAS, José Sebastián y RIVERA (h), Julio César, "La doctrina del margen nacional de apreciación en el caso argentino", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 105.

FARNÓS AMORÓS, Esther, "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Rev. Bioética y Derecho*, nro. 36, Barcelona 2016, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000100008.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", IIDH, San José, Costa Rica, 2007, p. 43.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.

FAYT, Carlos, "La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia", La Ley, Buenos Aires, 2005, cap. XX.

FERRAJOLI, Luigi, "El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado", "Nueva Doctrina Penal", Edit. del Puerto, Buenos Aires, t. 2002/B).

FERRARI, Gisela, "El nacimiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos", en SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, La Ley, Buenos Aires, 2018, cap. II.

FILIPPINI, Leonardo, "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, nro. 1, 2007, p. 191.

FRIEDMAN, Barry, "The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, 1998, t. 73, p. 334.

FUCHS, Marie-Christine, "¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en actor político?", disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_51720-1522-4-30.pdf?180312223822.

GANSHOF van der MEERSCH, W. J., "Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme", AA.VV., *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988, p. 207.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "El control de convencionalidad y sus problemas", *Revista de Pensamiento Constitucional*, vol. 20, nro. 20, 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, enero de 2008, p. 194.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *V Revista IUS*, julio-diciembre 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana", en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, CNDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006.

GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ, P. A.; SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (eds.), "El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos", Civitas, Thomson, Madrid, 2012;

GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Justicia interamericana y tribunales nacionales", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Dík, Medellín, 2008.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 330.

GARRO, Anamari, "La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, nro. 20, enero-junio 2009, ps. 191 a 227.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, "La Doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Estudios constitucionales* 15, nro. 1, 2017, 55-98.

HAALAND MATLARY, Jane, "Derechos humanos degradados", Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008.

HARTWIG, Matthias, "Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, vol. 06, nro. 05, p. 869.

HEYNS, Christof; PADILLA, David y ZWAA, Leo, "A Schematic Comparison of Regional Human Rights Systems: An Update", *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 3, nro. 4, 2006, ps. 163 a 171;

HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", LA LEY, 2008-E, 1169.

HITTERS, Juan Carlos, "Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (El caso Perú)", LA LEY, 1999-F, 893.

HOFFNER, Joseph, "Manual de Doctrina Social Cristiana", Rialp, Madrid, 1974.

JACKSON, Vicki, "Could I interest you in some foreign law? Yes, please. I'd love to talk to you", 2004-AUG *Legal Aff.*, p. 43.

JANIS, Kay y BRADLEY, "European Human Rights Law", Oxford, 1995.

KASTANAS, E., "Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1996.

KELSEN, Hans, "Teoría pura del Derecho", Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979.

LEGARRE, Santiago y ORREGO, Cristóbal, "Los usos del Derecho Constitucional Comparado y la universalidad de los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 88, enero-abril 2010, ps. 11-38.

LEWIS, Tom, "What not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation", disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/what-not-to-wear-religious-rights-the-european-court-and-the-margin-of-appreciation/346A916F46AB79AAF3CADE14EBD-01FA>.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, "Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nro. 5, 2005, p. 95.

LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., "La doctrina del margen nacional de apreciación. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales", *Lex*, vol. 15, nro. 19, 2017, ps. 53-76.

LÓPEZ LATORRE, Andrés Felipe e IBARZABAL, Milagros, "La Corte de la igualdad", en SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 467.

MAHONEY, Paul, "The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, nro. 1, 1998, p. 3.

MARITAIN, Jacques, "El hombre y el Estado", Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952.

MEDINA QUIROGA, C., "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. Anuario de Derechos Humanos",

MOTILLA, Agustín (ed.), "Islam y Derechos Humanos", Trotta, Madrid, 2006.

NASH ROJAS, Claudio, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI", Editorial Jurídica de Chile, 2001.

NEUMAN, Gerald L., "Subsidiarity", en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton, Oxford University Press, 2013.

NIETO NAVIA, Rafael, "Apuntaciones críticas sobre algunos aspectos recientes de la jurisprudencia y del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Jornadas de Derecho Internacional*, organizadas por la Univer-



sidad Austral y el ISEN en Buenos Aires del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007.

NIKKEN, Pedro, "La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, p. 551 y ss.

ORREGO VICUÑA, F., "Creación del Derecho Internacional en una Sociedad Global: ¿Importa el consentimiento?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 2005, p. 67 y ss.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "Le principe de subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 1078.

MAHONEY, Paul, "The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practical", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, nro. 1, 1998, p. 3.

PÉREZ TREMP, Pablo, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nro. 10, Universidad de Extremadura, 1992.

PINTO, Mónica, "Temas de derechos humanos", Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997.

RABBI-BALDI, Renato, "La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos", ED, 180-1386.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, "Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, Nro. 0, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

ROSENKRANTZ, Carlos, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, nro. 1, 2007, p. 203.

ROSENKRANTZ, Carlos, "En contra de los 'prestamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nro. 1, 2005.

SAGÜÉS, María Sofía, "Ius Comune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿simbiosis u oposición?", ponencia presentada en el XXI Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2015.

SAGÜÉS, Néstor P., "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, Buenos Aires, 2008.

SAGÜÉS, Néstor P., "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", *Ius et Praxis*, vol. 9, nro. 1, Talca, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La Constitución bajo tensión", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016.

SANTIAGO, Alfonso (dir.), "Historia de la Corte Suprema argentina (1863-2013)", Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

SANTIAGO, Alfonso y BELLOCCHIO, Lucía (dirs.), "Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018", *La Ley*, Buenos Aires, 2018.

SANTIAGO, Alfonso, "En las fronteras entre el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho", Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

SANTIAGO, Alfonso y LANGE, Gardner, "Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *LA LEY*, 2019-D, 739.

SANTIAGO, Alfonso y SABELLI, Héctor, "Tiempo, Constitución y ley penal", *Lexis-Nexis*, Buenos Aires, 2008.

SANTIAGO, Alfonso, "La revisabilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Brusca", ED, Suplemento de Derecho Constitucional, 23/08/2005.

SANTIAGO, Alfonso, "Supremacía constitucional y primacía normativa", AA.VV. *El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016*, EDUCA, Buenos Aires, 2011.

SHELTON, Dinah, "The Rules and the Reality of Petition Procedures in the Inter-American Human Rights System", p. 8 (Traducción no oficial).

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), "Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario", Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip y GOODMAN, Ryan, "International Human Rights in Context: Law, politics, morals", Oxford University Press, Italia, 2007, p. 931.

SUNSTEIN, Cass R., "Incompletely Theorized Agreements", 103 *Harvard Law Review*, 1733, 1995.

SUNSTEIN, Cass R., "One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court", Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R., "Testing Minimalism: A Reply", 104 *Mich. L. Rev.* 123, 2005, Available

at: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>.

VÍTOLO, Alfredo, "El doble (y curioso) estándar de la jurisprudencia argentina frente a las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos", ponencia presentada en las *Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional*, Montevideo, junio de 2011.

VÍTOLO, Alfredo, "El perdón en los crímenes de lesa humanidad", *Agenda Internacional*, año 4, nro. 14, marzo 2008.

VÍTOLO, Alfredo, "La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Fores*, Boletín junio 2011.

WATERS, Melissa, "Creeping Monism. The judicial trend toward interpretative incorporation of Human Rights treaties", 107 *Columbia Law Review* 628, 2007.

WILDHABER, L., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro". Conferencia pronunciada en el tribunal constitucional español, 7 junio de 2002.

YOUROW, H. C., "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Luwer Law International*, The Hague, Boston and London, 1996, p. 196.

ZOVATTO, D., "Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ps. 207/247, disponible el 26/03/18 en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1996/12.pdf>.

VI. Anexo I

Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, suscriben esta Declaración, como signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención"):

Reafirman su profundo y permanente compromiso con el valor normativo de dicho instrumento, en cuanto representa el objeto del consentimiento de los Estados que dieron origen al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, y con el cumplimiento de su obligación de asegurar a todos, dentro de sus respectivas jurisdicciones, los derechos y libertades definidos en la Convención.

Señalan que el trabajo realizado por los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión") y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("la Corte"), han contribuido considerablemente a la protección de los derechos humanos en América.

De igual forma, consideran al mecanismo de peticiones individuales como una pieza fundamental del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y, en particular, a la institución de la solución amistosa como una herramienta de gran valor en materia de mejoramiento institucional de los Estados.

Con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, manifiestan lo siguiente:

1. *Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.*

2. *Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.*

3. *Igualmente, consideran que se deben adoptar medidas urgentes para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, así como el principio de economía procesal en el trámite ante la Corte. Asimismo, que se garantice el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.*

4. *Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano solo tienen efectos para las partes del litigio.*

5. *Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.*

Los Estados reafirman su compromiso con la defensa y promoción de los Derechos Humanos en el continente y reconocen al Sistema Democrático y al Estado de Derecho como condiciones fundamentales para que esos derechos puedan ser efectivamente respetados y promovidos en la región.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3606/2022

Edictos

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º Piso, de esta Capital, hace saber que el Sr. DAVID ENRIQUE OCHOA GARCIA cuyo DNI es el Nº: 95.976.935, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien

conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 15 de junio de 2022
Laura Gabriela Sendón, sec.
LA LEY: I. 23/12/22 V. 23/12/22

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el Sr. HUMBERTO JOSÉ BELANDRIA BÁEZ cuyo DNI es el Nº: 95.961.395, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien

conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 26 de agosto de 2022
Laura G. Sendón, sec.
LA LEY: I. 23/12/22 V. 23/12/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, secretaría Nº 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que ANDERSON ROPERTO TORRES de nacionalidad colombiana con DNI 94.873.573 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía ar-

gentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 23 de agosto de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 22/12/22 V. 23/12/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Flores Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



[linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444