

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA TENSION ENTRE EL MARGEN DE APRECIACION NACIONAL Y EL "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE" LATINOAMERICANO

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE CONTEXT OF THE TENSION BETWEEN THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND THE LATIN AMERICAN "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE"

Federico Agustín ACHERITEGUY¹

RESUMEN:

En este trabajo se abordará el tenso equilibrio existente entre las fuerzas centrífugas y centrípetas del proceso de construcción del derecho internacional de los derechos humanos en Latinoamérica, a saber: las doctrinas del *ius constitutionale commune americanum* y del margen de apreciación nacional.

En tal sentido, nuestra hipótesis es que un análisis crítico de las tesis que proponen la consolidación de un derecho constitucional común latinoamericano, a través de la obra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio del control de convencionalidad, arroja la conclusión de que aquel, por el momento, no es más que un ordenamiento de mínimos, y que, como consecuencia, la doctrina del margen de apreciación nacional seguirá estando vigente en esta parte del mundo.

ABSTRACT

This paper will address the tense balance between centrifugal and centripetal forces in the process of building international human rights law in Latin America, namely: the doctrines of the *ius constitutionale commune americanum* and the national margin of appreciation.

In this sense, our hypothesis is that a critical analysis of the theses that propose the consolidation of a Latin American common constitutional right, through the work of the Inter-American Court of Human Rights in the exercise of conventionality control, yields the conclusion that that, for the moment, is nothing more than a minimum order, and that, as a consequence, the doctrine of the national margin of appreciation will continue to be in force in this part of the world.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), especialista en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad del País (URP). Adscribe en las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Contacto electrónico: federiteguy@hotmail.com

PALABRAS CLAVE: Doctrina del margen de apreciación nacional, *ius constitutionale commune* latinoamericano, Control de convencionalidad, Res interpretata, Proporcionalidad.

KEY WORDS: Doctrine of the national margin of appreciation, Latin American *ius constitutionale commune*, Conventionality control, Res interpretata, Proportionality

I. Introducción

En el presente estudio se abordará un aspecto del control de convencionalidad que, actualmente, ha dado lugar a un intenso debate en la doctrina especializada: el espacio de discrecionalidad de los Estados partes del sistema interamericano para configurar, en general, la disciplina de los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica, de acuerdo a las particularidades de cada realidad nacional.

Esta posibilidad, que ha sido de hecho reconocida por los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, ha quedado enmarcada dentro de lo que se ha dado en llamar la doctrina del margen de apreciación nacional.

Esta doctrina, si bien no es negada en esta parte del orbe, ha tenido fricciones cuando ha entrado en contacto con una de las más novedosas creaciones de la doctrina internacionalista, apoyada por algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictados en el marco del ejercicio del control de convencionalidad: estamos hablando de un *ius constitutionale commune* pensado para América Latina.

Así y todo, e independientemente del empeño que se ha puesto para consolidar esta última idea, consideramos, junto con buena parte de la doctrina, que todavía no puede sostenerse que estemos en presencia de un auténtico derecho constitucional común en Latinoamérica, razón por la cual, en definitiva, el margen de apreciación de los Estados del sistema seguirá jugando un papel importante a la hora del ejercicio el control de convencionalidad.

En este orden, y por tales razones, se impone, en lo que sigue, el abordaje del marco teórico existente acerca de la mencionada doctrina del margen, para luego poder entrar al análisis de la aplicación efectiva que ha tenido en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos). En cuanto a esto último, se advertirá sobre las diferencias que tuvo el desarrollo de este instituto en la jurisprudencia del sistema europeo, en donde se le dio mayor protagonismo a la discreción nacional.

Por último, llegaremos al estudio del surgimiento y evolución de la idea de un *ius commune* americano en materia de derechos humanos, vinculándola con los nuevos alcances que sus defensores propician para el control de convencionalidad. En este contexto, podrá advertirse que, así como la construcción teórica de un derecho constitucional común podría suprimir, en cierto modo, los particularismos que se evidencian en la región, las dudas que surgen sobre la plausibilidad de su concretización termina por revitalizar la doctrina del margen de apreciación nacional.

II. La doctrina del margen de apreciación nacional: abordaje teórico

1. Preliminares

integración² finca, precisamente, en asociar a Estados que son diversos en lo geográfico, político, económico, social, cultural, etc.³

De tal modo, se puede señalar que, aun cuando en el derecho internacional actual sea incuestionable el consenso acerca de la existencia de los derechos humanos, dicho consenso no abarca, sin embargo, al contenido y alcance de cada uno de ellos.⁴

En definitiva, un derecho no puede juzgarse en abstracto, prescindiendo del contexto económico y cultural que lo rodea, ya que el desconocimiento de dichos condicionantes atentaría contra la propia vigencia del régimen de protección.⁵ Y esta circunstancia, precisamente, es la que permitió el surgimiento del instituto del margen de apreciación nacional, que consiste, a fin de cuentas, en un mecanismo que permite medir con distinta vara la vigencia de los derechos humanos en un determinado Estado y en un determinado tiempo.⁶

2. Noción

Como premisa básica, puede decirse que la doctrina del margen de apreciación nacional propende a la adaptación de un sistema normativo de derechos humanos al ambiente en donde tal sistema debe aplicarse,⁷ de donde podemos concluir que aquella se relaciona, básicamente, con los límites de la jurisdicción internacional en la materia.⁸

En virtud de esto último, la citada doctrina aconseja al tribunal de la jurisdicción internacional se abstenga de sustituir a la autoridad nacional en la valoración de las circunstancias que hagan a la conformación de la versión local de cada uno de los derechos consagrados en el tratado internacional de que se trate.⁹

En ese orden, los autores identifican esta doctrina con la deferencia que los órganos de la jurisdicción internacional debían dispensarle a los órganos nacionales para el cumpli-

² Expresamos los términos "proceso de integración" para poder aludir a lo que se perfilará, pero no se los usará que quien haya en duda en saber que se trata de integración de derechos humanos, que conlleva etapas e procedimientos de acceso hace hacer por un proceso de integración entre los Estados signatarios (a través del ámbito internacional de los derechos humanos) y el ámbito de la integración, como capitales del derecho internacional público, que no se hagan demasiado que sea claro si, ya que las integraciones son un fenómeno que ha surgido como respuesta y los desafíos que la economía globalizada presenta a las naciones.

En una sentido las realidades de Europa y Latinoamérica son diferentes, ya que en Europa, a diferencia de lo que sucede en América Latina, se puede hablar de la existencia de un proceso de integración y, en consecuencia, también que en América Latina nunca existió una semejante que sea de las experiencias que vinculan a grupos pequeños de países (por ej., el Mercosur). Sin y todo, la integración europea se regió en los diversos tratados que dieron nacimiento a la Unión Europea, y a nivel Comercio Europeo de Derechos Humanos.

³ MIRON, María Antonia-Jorge (2016) *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, p. 111.

⁴ ROMÁNDEZ CASALS, María Angeles (2006) El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *En el Práxis nº 1* (Año 15), pp. 205 - 109 (<http://www.elsid.org/revistas/revista/15/005.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2016), p. 207.

⁵ MAJULI, Nisier Pedro (2003) Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. *Experiencia en Latinoamérica*. *En el Práxis nº 1* (Año 15), pp. 205 - 213 (<http://www.elsid.org/revistas/revista/15/005/11>) (fecha de consulta: 04 de enero de 2016), p. 218.

⁶ MIRON, María Antonia-Jorge (2016) *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, p. 111.

⁷ MAJULI, Nisier Pedro (2003) Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. *Experiencia en Latinoamérica*. *En el Práxis nº 1* (Año 15), pp. 205 - 213 (<http://www.elsid.org/revistas/revista/15/005/11>) (fecha de consulta: 04 de enero de 2016), p. 219 y 220.

⁸ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el debate conceptual de adecuación de adecuación del derecho internacional de los derechos humanos" en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paula Andrea (coords.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: protección regional y nacional*. México D.F.: México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 49, p. 1.

⁹ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el debate conceptual de adecuación de adecuación del derecho internacional de los derechos humanos" en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paula Andrea (coords.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: protección regional y nacional*. México D.F.: México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49, p. 4.

miento de las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos de derechos humanos,¹⁴ aunque otros advierten que dicha deferencia solo puede ser concedida en aquellas circunstancias en que no existe ningún tipo de consenso interestatal.¹⁵

Partiendo de esta idea, se puede decir que el instituto en cuestión consiste, fundamentalmente, en un margen de interpretación y aplicación de los derechos humanos, que los tribunales internacionales le confieren a los Estados,¹⁶ o, en otros términos, en el espacio de discrecionalidad con que cuentan estos últimos para fijar el contenido y alcance de los derechos establecidos en el instrumento internacional de que se trate, de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales.¹⁷

De esta aproximación inicial, se deduce que la doctrina del margen de apreciación nacional se traduce en ese "espacio para maniobrar" que tendría un Estado nacional, y que sería relevante en dos momentos diferentes; por un lado, para definir el contorno de los derechos y libertades convencionales, y por otro, para evaluar las circunstancias que exigirían una restricción o suspensión de aquellos.¹⁸ Asimismo, en lo que hace a este último aspecto, las autoridades de cada Estado, evaluando dichas circunstancias, determinarían no sólo si se justifica una limitación del derecho de que se trate, sino también en qué medida.¹⁹

En un abordaje más preciso, se destaca que esta doctrina trae como consecuencia que, ante una situación de hecho que admita distintas respuestas posibles por parte de las autoridades nacionales, sólo tendrá lugar la intervención del tribunal internacional cuando la decisión que aquellas tomen no pueda justificarse razonablemente.²⁰

De ese modo, podemos traer como ejemplo el juicio de proporcionalidad que realiza habitualmente la Corte Europea de Derechos Humanos, en donde la doctrina del margen de apreciación nacional se convierte en un elemento más de ese juicio, fungiendo, asimismo, como un límite a esa pesquisa de ponderación. En este esquema, se advierte que si el Tribunal de Estrasburgo, al momento de realizar el examen de razonabilidad, considera legítima la finalidad que la autoridad nacional persigue con la restricción, y considera, a su vez, que la medida adoptada es *prima facie* necesaria a esos efectos, se abstendrá de revisarla.²¹

14 NÚÑEZ PUERTO, Manuel (2002): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La vigencia latinoamericana restringida y el deber constitucional de armonización de los derechos humanos", en M. NUÑEZ PUERTO, *Manuel NUÑEZ PUERTO: Festschrift para el Profesor Pablo Andrés González*, El espacio de aplicación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas egipcio y argentino, México D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 71 - 88 p. 73 n.

15 BARRERA DELGADO, Francisco Roberto (2015): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER WAG, ORSAGNI, Marcelo y FERRER LARREA, Alfonso (coords.), *Política jurídica y control de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional y el Corte Interamericana*, México D. F., México: Trócaire Books, pp. 109 - 117 p. 109.

16 BARRERA DELGADO, Francisco Roberto (2015): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER WAG, ORSAGNI, Marcelo y FERRER LARREA, Alfonso (coords.), *Política jurídica y control de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional y el Corte Interamericana*, México D. F., México: Trócaire Books, pp. 109 - 117 p. 109.

17 MCKINLEY, Brian Jackson (2004): *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Argentina, Inters, p. 112 y 113.

18 WICKENHAYZ, LUIS RAMA, Néstor (2004): *El margen de apreciación en el control de los derechos humanos: Aspectos doctrinales y procedimentales*, 1ra ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 44.

19 RAMÍREZ LUIS RAMA, Néstor (2004): *El margen de apreciación en el control de los derechos humanos: Aspectos doctrinales y procedimentales*, 1ra ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 40.

20 WICKENHAYZ, LUIS RAMA, Néstor (2004): *El margen de apreciación en el control de los derechos humanos: Aspectos doctrinales y procedimentales*, 1ra ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 47 y 48.

21 LARREA, WICK, León (2007): *La noción de necesidad de la doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencia e integración*, *Teoría y realidad constitucional* 17 (1), pp. 117 - 141 [disponible en línea en: http://www.icej.es/revista/17_1/17_1_117_141.pdf].

En todo caso, es relevante tener en cuenta que el margen de apreciación varía según diversos factores, tales como las circunstancias, las materias implicadas o el contexto, y, en tal sentido, una de las variables que influyen en esa graduación es la existencia o no de estándares comunes en la definición de los derechos en los ordenamientos de los países alcanzados por la convención internacional en cuestión.²⁴

Así, se ha señalado que, de existir un acuerdo acerca de los detalles de configuración de uno de esos derechos en los Estados signatarios, cada uno de estos últimos dispondría, entonces, de un margen más reducido a la hora de interpretarlo.²⁵

En línea con esta idea está aquella conceptualización que entiende que la doctrina del margen de apreciación nacional, al abordar el problema de la definición de cualquier derecho, distingue entre su "núcleo duro", irreductible e innegociable, y su restante complejidad, la cual sí podría ser variable y admitir que cada nación pueda moldearla de acuerdo a sus nociones vernáculas de moral pública, orden público, interés social, etc.²⁶

A estos efectos, cabe llamar la atención sobre cierta conceptualización de la doctrina bajo estudio que, a propósito del análisis de la realidad europea, expone que el margen de acción para los Estados del viejo continente se abre en casos en que no exista un "mínimo común europeo".²⁷

En este sentido, creemos que esta última descripción no es del todo exacta, ya que el espacio de maniobra de los Estados en el marco de un tratado regional de derechos humanos, no se reduce al único supuesto de la ausencia total de consenso, es decir, cuando no exista siquiera un mínimo común en la definición de un derecho. Por el contrario, siempre se deberá partir del "núcleo duro" del derecho en entredicho, al punto tal que, como se verá, aquel "mínimo minimorum" se convierte en un límite a la acción del margen de apreciación nacional.

Entonces, de lo anterior extraeremos dos conclusiones que se interrelacionan mutuamente: en primer lugar, siempre contaremos con una definición de mínimos del derecho humano que esté en debate y, en segundo lugar, el margen de definición vernácula, así y todo, seguirá estando presente en todo aquello que exceda de ese núcleo esencial. En síntesis, aun cuando contemos con ese "mínimo común europeo" (o latinoamericano), el espacio de maniobra nacional podrá desplegarse para la construcción de lo restante del significado de los derechos.

3. Origen y fundamentos

A. La búsqueda de los fundamentos de la doctrina del margen de apreciación nacional

La doctrina del margen de apreciación nacional es una creación del derecho supranacional

24 MÚTZEL, Néstor Pablo (2010). Las relaciones entre los estándares internacionales y los estándares nacionales en materia de derechos humanos. *Suplemento Latinoamericano de la Revista de la AMBA*, pp. 201 - 221 (<http://www.observatorio.org/temas/colaboraciones/10101011>) (Fecha de consulta: 14 de enero de 2013), p. 218.

25 MÚTZEL, Néstor Pablo (2010). Las relaciones entre los estándares internacionales y los estándares nacionales en materia de derechos humanos. *Suplemento Latinoamericano de la Revista de la AMBA*, pp. 201 - 221 (<http://www.observatorio.org/temas/colaboraciones/10101011>) (Fecha de consulta: 14 de enero de 2013), p. 218.

26 MÚTZEL, Néstor Pablo (2010). Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad. *Revista del Tribunal Constitucional (RTC)* 27 (1), Vol. 30, pp. 117 - 131 (<http://www.tribunalconstitucional.es/web/guest/tribunalconstitucional/articulos/revista/2010/1/14>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2012), p. 129.

27 BENSOUSSAN-CASALI, María Inés (2010). El consenso y el margen de apreciación en la jurisprudencia de los derechos humanos. *Revista de la AMBA*, pp. 201 - 214 (<http://www.observatorio.org/temas/colaboraciones/10101011>) (Fecha de consulta: 14 de enero de 2013), p. 204.

européo,²⁵ mas no está incluida en forma expresa en ninguna cláusula del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco apareció en los trabajos preparatorios de dicho instrumento,²⁶ y sino que se trata, fundamentalmente, de una creación jurisprudencial.²⁷

Teriando en cuenta este último dato, la doctrina especializada ha intentado encontrar los fundamentos últimos que permiten sustentar el instituto en cuestión, los cuales podrían ser agrupados, a los fines de ordenar el estudio, de acuerdo a la perspectiva tenida en cuenta:

Así, en un primer lugar, podríamos ubicar a aquellos que encuentran el origen del margen de apreciación nacional en el derecho internacional, siendo paradigmática, en este sentido, la postura de quienes afirman que debe buscarse en los principios fundamentales del derecho internacional y, más precisamente, del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, el sustento de la doctrina en estudio se encuentra en el principio de subsidiariedad, según el cual la jurisdicción internacional es complementaria y coadyuvante de la jurisdicción nacional,²⁸ lo que implica que la mentada protección internacional actuará recién después que la interna, y en defecto de esta última.²⁹

También desde esta perspectiva se ha observado que bajo la doctrina de mientas, subyace la idea de soberanía nacional, aunque, en realidad, desde esta postura se sostiene que se trata de la concepción de la soberanía como absoluta. De todos modos, se cuestiona esta última concepción, por cuanto se entiende que la propia democracia constitucional se funda en la idea de la limitación de cualquier poder, siendo los derechos humanos los topes más importantes en tal sentido.³⁰

Luego, desde otra perspectiva, existen puntos de vista que ven el origen del margen de apreciación nacional en instituciones del derecho interno de los Estados, en tanto parten de la idea de que la construcción de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se ha basado en los principios del derecho constitucional.³¹

En este último orden, la doctrina del margen de apreciación estaría emparentada con doctrinas de calado nacional, tal como la que prescribe la deferencia que deben tener los jueces encargados del control de constitucionalidad con el órgano legislativo, denomina-

25 MUDRY, Marie-Anne (2004) *¿Qué es el control de convencionalidad?*, Buenos Aires, Tróika, Arca, p. 151.

26 LARREA, BOCA, José (2007) *La noción doctrinaria del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, *Teoría y Práctica Constitucional* n° 36, pp. 117 - 161 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=344440>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2015) p. 120.

27 SALDÍ, María Dolores (2007) *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencia de Latinoamérica*, *Revista Uruguaya de Derecho*, pp. 207 - 220 (<http://www.urduj.org/revista/urduj-070611/>) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2015) p. 208.

28 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2010) *¿Qué es la doctrina del margen de apreciación nacional? La experiencia latinoamericana continental y el deber constitucional de armonización de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos?* en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ALONSO ALZARRAGA, Pablo (eds.) *¿Qué es el margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos? ¿cómo se responde a las cuestiones?* México: El Financiero, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 5 - 49 p. 41 y 42.

29 LARREA, BOCA, José (2007) *La noción doctrinaria del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, *Teoría y Práctica Constitucional* n° 36, pp. 117 - 161 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=344440>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2015) p. 120.

30 LARREA, BOCA, José (2007) *La noción doctrinaria del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, *Teoría y Práctica Constitucional* n° 36, pp. 117 - 161 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=344440>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2015) p. 120 y 124.

31 BARRERA BELGACHO, Francisco Javier (2011) *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad Arca 1492* en FERRER MAC-GREGOR, Manuel y BARRERA BELGACHO, Francisco Javier (eds.) *Diálogo jurisprudencial en América Latina: Teoría Constitucional y Control Internacional*, México: El Financiero, Tróika Black, pp. 489 - 517, p. 493.

da también autolimitación de los jueces o *self-restraint*, mediante la cual se preservan los equilibrios institucionales que sustentan el sistema.²⁵

Asimismo, en estrecha vinculación con lo anterior, se ha advertido sobre la relación de la doctrina en estudio con las *political questions* surgidas en la jurisprudencia norteamericana, mediante la cual los jueces evaden el análisis de ciertos asuntos, rotulándolos como "no justiciables".²⁶

B. El origen de la doctrina del margen de apreciación nacional

Como ya se mencionó, la doctrina del margen de apreciación nacional nació en Europa, siendo su origen fundamentalmente jurisprudencial, a través de la actualmente extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.²⁷

Este surgimiento se dio en el contexto de la interpretación del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que autoriza a los Estados signatarios a suspender ciertos derechos en caso de un peligro público,²⁸ pues, para la valoración de las circunstancias que daban al lugar a este estado de excepción, el Tribunal de Estrasburgo recurrió, en su momento, a la doctrina en comento.²⁹

25 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de una teoría de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y WOLFF LA ALFARADO, Facio (eds.) (coords.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 5 - 40, p. 5.

26 GILB DA SILVA, Jerón (2007) "La muy discutida doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estructura y significado. Teoría y realidad constitucional" *U* 20, pp. 117 - 141 (<http://dilectos.unica.es/revista/revista-de-estudios-de-derecho-de-2007/>), p. 120 y 121.

27 GILBERT, Susan (2006) *La interpretación judicial de las Constituciones* (2da. ed., Buenos Aires, Argentina, Cívica No. 1), p. 222.

28 Se le atribuye a menudo como los compositores iniciales de la estructura original de la doctrina del margen de apreciación nacional, los en lo que hace a los primeros jueces de la ley desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, algunos señalan que el primer caso en donde se hizo usage de la doctrina fue *Lauritzen vs. Dinamarca* de 1960 (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de una teoría de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALONSO, Paula (eds.) (coords.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 5 - 40, p. 41), mientras que otros dicen que fue en el caso de *Handberg vs. Dinamarca* (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92).

29 Lo que hace a la interpretación de la propia Corte Europea de Derechos Humanos, los casos precedentes que se citan son *Lauritzen vs. Dinamarca* de 1960 (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de una teoría de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y WOLFF LA ALFARADO, Facio (eds.) (coords.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 5 - 40, p. 39) y el caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la provincia de Bélgica de 1962 (GARDINIA CRISTÓBAL, Francisco Roberto (2012) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la autonomía territorial" en GILBERT, Susan y FERRERÍA GARCÍA, Adolfo (eds.) (coords.) *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México D. F., México, Trócaire de Waack, pp. 1089 - 1117, p. 1091), *Sanjinovic vs. Bosnia y Herzegovina* de 1991, *Sanjinovic vs. Bosnia y Herzegovina* de 1991 (GARDINIA CRISTÓBAL, Francisco Roberto (2012) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la autonomía territorial" en GILBERT, Susan y FERRERÍA GARCÍA, Adolfo (eds.) (coords.) *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México D. F., México, Trócaire de Waack, pp. 1089 - 1117, p. 1091) y *Sanjinovic vs. Bosnia y Herzegovina* de 1991 (GARDINIA CRISTÓBAL, Francisco Roberto (2012) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la autonomía territorial" en GILBERT, Susan y FERRERÍA GARCÍA, Adolfo (eds.) (coords.) *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México D. F., México, Trócaire de Waack, pp. 1089 - 1117, p. 1091).

30 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

31 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

32 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

33 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

34 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

35 GILBERT, Susan (2006) "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procedimentales", *Rev. Mex. de Derecho y Ciencias Sociales de Derechos Humanos y Procedimiento* (N.º 1), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 92.

mente, se trata de las cláusulas de este último que autorizan a los Estados a dictar leyes que limiten los derechos, con fundamento en la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la salud, la moral y los derechos y libertades de los demás, y en la prevención de los delitos, todo ello en la medida en que fuere necesario en una sociedad democrática.⁴⁷

Otro ámbito fue conformado en torno a los fallos del Tribunal de Estrasburgo dedicados al análisis de la configuración del contenido de un determinado derecho por alguna Nación signataria, en base a las ya mencionadas autorizaciones del Convenio en tal sentido.⁴⁸ Asimismo, se ha separado como otro ámbito de estudio, los fallos atinentes a la cláusula de no discriminación del Convenio.⁴⁹

En definitiva, el Convenio Europeo no impone una uniformidad absoluta, sino que supone un acuerdo de mínimos, lo cual responde a la diversidad europea, y, en esa misma línea, la doctrina del margen de apreciación nacional ha sido central en las decisiones adoptadas por la jurisprudencia de Estrasburgo.⁵⁰

4. Naturaleza

Desentrañar la naturaleza jurídica de este instituto no es tarea fácil, ya que, en principio, no es sencillo, en general, determinar la naturaleza de cualquier instituto, y, además, las particularidades del margen de apreciación lo vuelven esquivo a intentos de esta clase. En este último sentido, cabe destacar la intersección de problemas del derecho internacional, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho público nacional, como una de las tantas aristas que nutren la complejidad de la cuestión que se abordará en seguida.

De todos modos, la doctrina especializada a tratado este asunto, por lo que contamos con un acervo teórico que nos permitirá avanzar hasta poder delinear una idea tentativa acerca del encuadre de la doctrina.

En un principio, es relevante presentar el hecho de que ciertos autores distinguen dos facetas o sendas dentro de la misma doctrina del margen de apreciación nacional, ya que, según creemos, un enfoque adecuado a los fines de este apartado exige que las auténticas manifestaciones de aquella doctrina puedan ser discriminadas de aquellas que no hacen estrictamente a su objeto, o que se presentan vinculadas a ella solo tangencialmente.

Así, Barbosa Delgado insiste en que el margen de apreciación puede dividirse en dos partes, una de carácter interno y otra de carácter externo, siendo la primera aquella que permitiera el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional. No obstante,

47 BOSCHETTI CASALS, María Angélica (2009) *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *Boletín Práctico* 17 (1) (Marzo), pp. 205 - 210 (<http://www.scdh.org/bolet-practico/vol17n1p205.pdf>) (fecha de consulta: 25 de enero de 2014), p. 205.

48 BOSCHETTI CASALS, María Angélica (2009) *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *Boletín Práctico* 17 (1) (Marzo), pp. 205 - 210 (<http://www.scdh.org/bolet-practico/vol17n1p205.pdf>) (fecha de consulta: 25 de enero de 2014), p. 204.

49 BOSCHI PEREITE, Manuel (2012) *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. Un experimento latinoamericano continental y el desafío constitucional de adaptación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos* en: BOSCHI PEREITE, Manuel y ALONSO ALVARADO, María Inés (eds.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D. F.: México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 46, p. 7.

50 CHARRA BOPCA, Javier (2007) *La muy discutida doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: consenso y progresiva sintonía y unidad continental* 2ª Ed., pp. 107 - 141 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=104440>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 114.

esta parte interna enfoca la cuestión, justamente, desde el punto de vista del Estado, en cuanto haya ratificado instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que se para mirantes en el rol de aquel como encargado de la interpretación y aplicación de esos derechos humanos, incorporados por dichos instrumentos al derecho interno.¹¹

La parte externa de la doctrina, por su parte, referiría ya a la actuación de los tribunales de revisión instituidos por el Convenio regional de que se trate, ante los cuales se vería enfrentado el proceder del Estado, ya que aquellos se encargan del control de las medidas adoptadas en el plano interno de las naciones signatarias.¹²

También Núñez Poblete alude a una distinción de dos facetas de la doctrina del margen, una sustantiva y otra estructural, de las cuales la primera aludiría al antiguo problema de la compatibilización de las libertades individuales con el interés colectivo, y la segunda pondría la atención en la intensidad del control de los tribunales internacionales sobre las medidas que adopten los Estados a través de sus diferentes órganos.¹³

Sin embargo, el análisis de estas propuestas de subdivisiones temáticas dentro de nuestro instituto, revela -como se dijo supra- que solo una de las facetas mencionadas por cada uno de los autores citados se corresponde con una cabal expresión de la doctrina en estudio, mientras que las restantes, aun pudiendo estar vinculadas de alguna manera con ella, constituyen aspectos propios de otras realidades jurídicas.

De tal suerte, podría comenzarse advirtiendo que la faceta "sustantiva" de la doctrina del margen de apreciación, tal como fue bosquejada por el autor que la mencionó,¹⁴ no constituye, en realidad, una manifestación concreta de tal doctrina, ya que el problema de la armonización entre derechos individuales e interés público campea en todas las ramas del derecho público, sea este interno o internacional.

Otro tanto podría decirse del compartimiento "interno" de la doctrina, que fuera propuesto por Barboza Delgado,¹⁵ ya que, al enfocar la cuestión desde la interpretación y aplicación que el Estado haga de los derechos humanos reconocidos en Convenciones que se hacen parte del derecho interno, tampoco podría verse como una manifestación específica de la doctrina del margen de apreciación, sino que, antes bien, tendría un vínculo más estrecho -quizás- con la doctrina del control de convencionalidad.

De tal manera, consideramos que las desagregaciones que con más precisión se compa-

11. BARBOZA DELGADO, Francisco Roberto (2015) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática" en FERRER MÓN, GREGOR, Madrid y BARRERA GARCÍA, Alonso (coords.), *Diálogo interdisciplinario en derechos humanos entre Tribunal Constitucional y Corte Internacional*, México D.F., México, Trócaire Books, pp. 1099 - 1127 p. 1099.

12. BARBOZA DELGADO, Francisco Roberto (2015) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática" en FERRER MÓN, GREGOR, Madrid y BARRERA GARCÍA, Alonso (coords.), *Diálogo interdisciplinario en derechos humanos entre Tribunal Constitucional y Corte Internacional*, México D.F., México, Trócaire Books, pp. 1099 - 1127 p. 1099.

13. NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012), "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de armonización de estándares del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y BARRERA GARCÍA, Pablo (coords.), *El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 44 p. 3.

14. NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012), "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de armonización de estándares del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y BARRERA GARCÍA, Pablo (coords.), *El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 44 p. 3.

15. BARBOZA DELGADO, Francisco Roberto (2015) "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática" en FERRER MÓN, GREGOR, Madrid y BARRERA GARCÍA, Alonso (coords.), *Diálogo interdisciplinario en derechos humanos entre Tribunal Constitucional y Corte Internacional*, México D.F., México, Trócaire Books, pp. 1099 - 1127 p. 1099.

decen con manifestaciones de la doctrina ahora en estudio son las que se denominaron “externa” y “estructural”, por cuanto ambas aluden a la actuación de los tribunales internacionales en su cometido de revisión de lo decidido por las autoridades nacionales, que es, justamente, el ámbito en que entra a jugar la consideración de reconocer o no, a estas últimas, un margen de apreciación.

Circunscripto así el supuesto que va a ser materia de análisis, resta ahora examinar las opiniones vertidas acerca de su naturaleza jurídica.

Así, en primer lugar, vemos que Núñez Poblete resalta que esta forma de deferencia judicial combina criterios hermenéuticos y principios procesales de decisión,³⁸ mas, en cuanto a esto último, García Roca advierte que la doctrina no podría verse, desde el punto de vista procesal, como un “derecho” a favor del Estado eventualmente demandado, ya que no está concebida como un privilegio en su favor, consistente en que se le aplique aquella. En este sentido, no se trataría de una especie de defensa o excepción dilatoria.³⁹

Precisamente en cuanto a esto último, García Roca, a diferencia de Núñez Poblete, no cree que se trate de una herramienta procesal, en el sentido de considerarlo un “principio ordenador del proceso”, ya que, desde su punto de vista, el alcance de la doctrina en cuestión no es formal sino material. En ese orden, el autor citado la identifica con un argumento propio de “una interpretación constitucional de unos derechos contenidos en un tratado internacional”.⁴⁰

Por su parte, Barbósa Delgado también identifica a esta doctrina con un criterio hermenéutico de uso de los tribunales regionales de derechos humanos, para interpretar y aplicar los Convenios Europeo y Americano.⁴¹ Asimismo, otros adherentes a la tesis propuesta son Benavides Casals, quien se pronuncia por la tesis del criterio hermenéutico para la interpretación y aplicación de los derechos humanos,⁴² y Sagüés, partidario de considerar a la doctrina del margen de apreciación como una técnica de interpretación.⁴³

Por otro lado, García Roca postula que dicha doctrina, a su vez, lleva en sí una regla de decisión, ya que, en virtud de ella, el Tribunal de Estrasburgo resuelve no enjuiciar el asunto y ratificar lo decidido por las autoridades del Estado en cuestión.⁴⁴ Asimismo, para graficar esta última afirmación, señala que se trata de una “no decisión”, es decir, de una decisión

38. NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012). “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental, y el factor constitucional de autonomía de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ALFARO ALVARADO Paula Andrea (coords.) *El margen de apreciación en el sistema internacional de derechos humanos. perspectivas regional y nacional*, México D.F.: Mexico, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 95, p. 4.

39. GARCÍA ROCA, Javier (2007). “La tesis discricional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad. Tercer y último comentario” p. 203, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/argentina/doc/2007/07/07.117-141>) (fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017), p. 136.

40. GARCÍA ROCA, Javier (2010). “El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad” *Curso Nuevo/Novena*, Derecho, Libros y Ensayos, p. 270.

41. BARBÓSA DELGADO, Francisco Roberto (2012). “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos entre el Estado de derecho y la sociedad democrática” en FERRER MAC GIBLIN, Eduardo y BUSTERRA GARCÍA, Alfonso (coords.) *Diálogo interdisciplinario en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y otros órganos*, México D.F., Mexico, Trópicos de la Bandera, pp. 1080 - 1177, p. 1084 y 1095.

42. BENAVIDES CASALS, María Angélica (2008). “El margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. In: *La Práctica de los Derechos Humanos*”, pp. 89 - 110 (<http://www.icaso.org/pdfs/argentina/tema2.pdf>) (fecha de consulta: 05 de noviembre de 2017), p. 298.

43. SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006). *La interpretación judicial de la Constitución* (2da ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, p. 223.

44. GARCÍA ROCA, Javier (2007). “La tesis discricional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad. Tercer y último comentario” p. 203, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/argentina/doc/2007/07/07.117-141>) (fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017), p. 134.

por reenvío a lo resuelto en la instancia nacional, por considerarlo razonable.⁴³

Por nuestra parte, creemos que más que una pauta de interpretación es una regla de derecho, ya que los criterios interpretativos sirven para hallar el contenido y alcance de un derecho, y lo que aquí está en juego es la definición de la autoridad cuya decisión va a ser considerada final en la materia. Siempre se va a necesitar de métodos de interpretación a la hora de definir la extensión de una norma que reconozca un derecho, sea en sede nacional o internacional, mas, aun cuando una definición de este tipo sea el punto de partida de una resolución de un tribunal internacional que estuviere evaluando aplicar o no la doctrina del margen a un caso, no debe perderse de vista que este último dilema apunta a convalidar o no una decisión de una autoridad nacional.

Así, y como definición provisoria, podría decirse que se trata de una regla de derecho que destina las competencias materiales de las jurisdicciones domésticas e internacional, algo así como una "regla de división de jurisdicciones".⁴⁴ No obstante, en contra de esta primera impresión, cabe destacar que el tribunal internacional que resuelve convalidar la discreción del Estado, no está declinando su competencia, sino que, simplemente, "da por buena" la decisión de la autoridad nacional.⁴⁵

Por ello es que parece interesante, en principio, tener en cuenta lo que se señaló, en su oportunidad, acerca del fundamento de esta doctrina, ya que, entre otras cosas, se la emparentó con una de las doctrinas propias del derecho constitucional, cual es la de las cuestiones políticas no justiciables. En efecto, a la hora de escudriñar en la naturaleza de la doctrina del margen de apreciación nacional, resulta muy atinada la reflexión de Núñez Poblete, quien indica que dicha doctrina se relaciona con los fines y límites de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.⁴⁶

De este modo, al igual que lo que sucede en el ámbito doméstico con las "political-questions", en el ámbito de la jurisdicción internacional, la doctrina del margen de apreciación nacional afunde, al parecer, a una regla de auto-limitación que deberían tener en cuenta, a la hora de resolver un caso, los tribunales internacionales de derechos humanos.

5. Contenido

Se puede intentar exponer el contenido de la doctrina destacando los aspectos que, en principio, no integran la revisión de los tribunales regionales, tales como la apreciación que hagan las autoridades nacionales acerca de la prueba de los hechos, así como las interpretaciones de la legalidad ordinaria o la particular configuración que cada legislación

43 CARRERA BOLA, Iván (2017) La tesis doctrinal del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: autonomía e integridad, *Justicia y libertad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.24067/justicia.2017.20.117-141>) fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017, p. 131.

44 CARRERA BOLA, Iván (2017) La tesis doctrinal del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: autonomía e integridad, *Justicia y libertad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.24067/justicia.2017.20.117-141>) fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017, p. 134.

45 CARRERA BOLA, Iván (2017) La tesis doctrinal del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: autonomía e integridad, *Justicia y libertad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.24067/justicia.2017.20.117-141>) fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017, p. 131.

46 NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2011) "Sobre el derecho del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana continental y el debate constitucional de sus alcances de observancia del derecho internacional de los derechos humanos" en *JUSTICIA SOCIAL*, Manual y DEPENDENCIA JURISDICCIONAL PARA TRATAR CONVIENE: El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales, *JUSTICIA SOCIAL*, Manual de Dependencia Jurisdiccional (2011), pp. 5 - An. p. 5.

le dé a un determinado derecho en su propio ordenamiento jurídico.⁶⁷

No obstante, se ha advertido que el Tribunal de Estrasburgo, en su jurisprudencia, ha decidido que aquella apreciación de los hechos del caso debe ser aceptable, y que la interpretación y aplicación del derecho interno también puede caer bajo su escrutinio, si dicha normativa doméstica establece restricciones a los derechos humanos que, por virtud del Convenio Europeo, deban ser fijadas por "ley".⁶⁸

Esto es así, ya que la supervisión de la Corte Europea no solo comprende la legislación nacional, sino también las decisiones de los tribunales que aplican esa legislación, y, en este orden, dicha Corte regional no se limita a examinar si el Estado en cuestión ha ejercido su discreción de modo razonable, sino que analizará la restricción en sí, en el contexto del caso, para determinar si ella es proporcionada y persigue un fin legítimo.⁶⁹

Dentro de estos parámetros, se ensayó una teoría explicativa de aquel desarrollo jurisprudencial del margen de apreciación, en base a un esquema de tres círculos concéntricos. En el primero, el margen sería muy amplio, y el control europeo sería, por consiguiente, poco intenso, y ello debido a que este círculo está integrado por derechos con escaso contenido esencial y mucho espacio para la reglamentación, como el derecho de propiedad.⁷⁰

Siguiendo en este esquema, en el segundo círculo el margen sería muy estrecho y la revisión europea sería muy amplia, ya que estamos ante derechos como los democráticos o como el derecho a la vida. Por último, el tercer círculo está integrado por el resto de los derechos, y es, por eso mismo, el espacio más problemático y donde la doctrina debería concentrarse en formular más precisiones.⁷¹

Con todo, de acuerdo a la doctrina del margen de apreciación nacional, los Estados tendrían libertad para: apreciar las circunstancias de hecho que darían lugar a la aplicación de medidas excepcionales durante estados de emergencia; limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en los convenios internacionales con el fin de preservar los intereses de la comunidad y establecer el contenido de tales derechos; a lo que se suman las potestades para definir el sentido del derecho nacional y para definir el modo en que se debe cumplir una resolución de un órgano de supervisión de un tratado internacional de derechos humanos.⁷²

67 GABITA BICA, *loc. cit.* (2017). *La non-discretional doctrine del margin de apreciação nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad*. *Soberanía y estabilidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.26438/revista-soberania-estabilidad-2017-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 138.

68 JONUNOZ LEYBARRA, *loc. cit.* (2016). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales* (3a ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 46.

69 JONUNOZ LEYBARRA, *loc. cit.* (2016). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales* (3a ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 46 y 49.

70 GABITA BICA, *loc. cit.* (2017). *La non-discretional doctrine del margin de apreciação nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad*. *Soberanía y estabilidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.26438/revista-soberania-estabilidad-2017-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 137.

71 GABITA BICA, *loc. cit.* (2017). *La non-discretional doctrine del margin de apreciação nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad*. *Soberanía y estabilidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 141 (<https://doi.org/10.26438/revista-soberania-estabilidad-2017-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 137.

72 MONTE MIRELLI, *Manual* (2012). *Sobre la teoría del margen de apreciación nacional. La representación interamericana continental y el debate constitucional de su evolución de adaptación del derecho internacional de los derechos humanos* en *USO DE POLÍTICA, Manual y 40 (2012) 433-447* (Julián Andrés González). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: precedentes regionales y nacionales*. México (D. F.): Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 8 - 40, p. 8.

En definitiva, el margen resultará mucho más amplio en aquellos espacios en los que el Tribunal regional no haya fijado criterio, ya que, en una situación semejante, las cortes locales no tendrán ninguna barrera para decidir, del modo que crean más adecuado, si la normativa local se aparta o no del tratado internacional que resulte aplicable.⁷¹

6. Límites a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional

A. El margen de apreciación no es ilimitado

La doctrina especializada se ha preocupado de sistematizar los límites a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, ya que este último, evidentemente, nunca podría considerarse absoluto.⁷² En este sentido, es preciso anticipar que algunos autores han advertido que la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática constituirían elementos que operarían no ya como límite, sino directamente como condiciones de existencia del margen de apreciación.⁷³

Como se anticipó, la generalidad de los autores acuerda en que el margen de apreciación de los Estados no es ilimitado,⁷⁴ ya que una aplicación irrestricta de esta doctrina podría llevar a que un mismo derecho tenga una diferente modalidad o extensión, dependiendo del lugar de que se trate, lo que conduciría, en última instancia, a interpretaciones desiguales del mismo y a una afectación de la universalidad de su noción.⁷⁵ De este modo, incluso aquellos aspectos de la decisión nacional que se consideran "prima facie" amparados por la doctrina del margen de apreciación, podrían ser revisados si se constata un exceso, por cuanto aquella de ningún modo autoriza que existan categorías de actos que, en sí mismos y en todos sus elementos y consecuencias posteriores, sean completamente irrevisables.⁷⁶ Es que el espacio de maniobra que la doctrina bajo estudio reconoce a los Estados, no debe entenderse como un permiso para que las autoridades de estos últimos interpreten libremente las disposiciones de las Convenciones de Derechos Humanos, ni para que lo hagan de modo tal que estas tengan efectos diferentes en cada uno de ellos.⁷⁷ En definitiva, el referido espacio de maniobra con que cuentan las autoridades nacionales, no puede ser usado como pretexto para negar a las personas el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, destacándose, además, que el hecho de que aquellas no hagan uso de la mencionada facultad de regular o restringir dichos derechos, no significa que estos queden en suspenso.⁷⁸

B. Clasificación de los límites a la doctrina

71 MEXICO, *Estado Antonio López* (2011). *Control de convencionalidad*, Boletín Jurídico, Suprema, Serie, p. 174 y 175.

72 GARRÓN BOLA, Iván (2007) *La noción doctrinal de margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución e integración*, *Temas y debates constitucionales* n.º 26, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/temas/doc/temas26/garron.html>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017) p. 127.

73 BARRERA BELLEZOS Francisco Roberto (2015) *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la inconstitucionalidad*, en FERRER MÓN, CATALAN, Sureda y BERRIO GARCÍA, Mónica (coords.), *Temas constitucionales y derechos humanos ante el Tribunal Constitucional y Cortes Internacionales*, Madrid (E.F. Mónica Sureda de la Banda), pp. 309 - 327, p. 309.

74 INCHICHI LICHIOU, Silvia (2006) *El sistema internacional de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales*, (2da. ed.) *Revista de la Corte Suprema Interamericana de Derechos Humanos*, p. 44.

75 SALAS, Javier Pablo (2005) *Los sistemas entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: Evolución e integración*, *Temas y debates constitucionales* n.º 20, pp. 207 - 223 (<http://www.mexico.org/nizkor/temas/doc/temas20/salas.html>) (fecha de consulta: 19 de enero de 2017) p. 215.

76 GARRÓN BOLA, Iván (2007) *La noción doctrinal de margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución e integración*, *Temas y debates constitucionales* n.º 26, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/temas/doc/temas26/garron.html>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017) p. 127.

77 INCHICHI LICHIOU, Silvia (2006) *El sistema internacional de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales*, (2da. ed.) *Revista de la Corte Suprema Interamericana de Derechos Humanos*, p. 44.

78 INCHICHI LICHIOU, Silvia (2006) *El sistema internacional de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales*, (2da. ed.) *Revista de la Corte Suprema Interamericana de Derechos Humanos*, p. 44.

Dentro de este contexto, Barbosa Delgado diseñó un esquema en donde sistematiza los límites a la doctrina del margen de discreción nacional, en donde comienza por diferenciar los límites que denomina "intrínsecos" de aquellos que llama "extrínsecos".⁸¹

B.1. Los límites intrínsecos

Los límites intrínsecos son los que surgen de las obligaciones generales y de los deberes de adaptación que contraen los Estados cuando suscriben (y ratifican) un tratado de derechos humanos. Asimismo, estos límites son objeto de una subclasificación que separa, por un lado, las obligaciones generales y deberes de adaptación del derecho interno, y, por otro, los deberes específicos que surgen de la descripción de los derechos que se encuentran reconocidos en cada *corpus regional*.⁸²

Así, los primeros –obligaciones generales y deberes de adaptación, también generales– se enmarcan en el deber que asumen los Estados de respetar y garantizar los tratados de derechos humanos que suscriben y ratifican. Al respecto, se ha destacado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha establecido expresamente estas obligaciones⁸³, mientras que en la Convención Americana de Derechos Humanos aparecen detalladas en sus arts. 1^o (obligación de respeto y de garantía) y 2^o (deber de adaptar el derecho interno).⁸⁴

Por su parte, los límites vinculados a los deberes específicos derivan del hecho de que las autoridades estatales no solo deben velar por el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación mencionadas anteriormente, sino que también deben respetar cada uno de los derechos contemplados en el tratado en cuestión, lo cual implica que deben interpretarlos y aplicarlos de acuerdo a la descripción que de ellos se haya hecho en la Convención respectiva.⁸⁵

B.2. Los límites extrínsecos

Barbosa Delgado, al aludir a los límites extrínsecos, refiere al control material que los Tribunales regionales de derechos humanos efectúan sobre las decisiones de las autori-

81 BARBOSA DELGADO Francisco Roberto (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intervención judicial en temas a ciertos derechos de las personas físicas y jurídicas). *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 – 138 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=262249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017) p. 108.

82 BARBOSA DELGADO Francisco Roberto (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intervención judicial en temas a ciertos derechos de las personas físicas y jurídicas). *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 – 138 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=262249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017) p. 113 y 115.

83 En los últimos, se ha sostenido que los mencionados obligaciones surgen implícitas del art. 1^o del Convenio Europeo (BARBOSA DELGADO Francisco Roberto (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intervención judicial en temas a ciertos derechos de las personas físicas y jurídicas). *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 – 138 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=262249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017) p. 103). El cual, bajo el título de "Obligaciones de respeto los derechos humanos" establece: "Las altas partes contratantes reconocen e imponen, bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

84 BARBOSA DELGADO Francisco Roberto (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intervención judicial en temas a ciertos derechos de las personas físicas y jurídicas). *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 – 138 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=262249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017) p. 113.

85 Art. 1^o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se titula "Obligación de respetar los derechos" y prescribe lo siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, en circunstancias algunas por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Por su parte, el art. 2^o lleva como título "Deber de adoptar disposiciones de derecho interno" y establece que:

El cumplimiento de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 1 no estará sujeta por disposiciones legislativas o de otro carácter, si las dichas leyes u otras disposiciones de derecho interno son compatibles con el presente Convenio. Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

86 BARBOSA DELGADO Francisco Roberto (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intervención judicial en temas a ciertos derechos de las personas físicas y jurídicas). *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 – 138 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=262249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017) p. 113.

dades nacionales, basándose en el principio de proporcionalidad.⁶⁶

En ese orden, establece las condiciones de existencia formales y materiales del control que deriva del citado principio, siendo las primeras la necesidad de que sea una ley la que establezca la injerencia y la existencia de una sociedad democrática, mientras que las segundas son un objetivo idóneo, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁷

En lo que hace a la exigencia de ley, como condición formal, se destaca que se trata de una limitación de doble sentido, ya que la noción debe atender, a esos fines, a su aspecto formal y a su aspecto material. En esta tesitura, el autor señala que en lo relativo al aspecto formal, debe emanar del órgano investido del Poder Legislativo (Congreso o Parlamento) y debe haber sido sancionada de conformidad al procedimiento establecido en la Constitución, y en lo que hace al aspecto material, debe haber sido realizada para satisfacer la voluntad general y, además, debe respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales.⁶⁸

Por su parte, respecto del condicionante consistente en la existencia de una sociedad democrática, cabe destacar que, también aquí, la idea de democracia debe responder tanto a su concepción formalista como a la material. Así, desde el plano formal, se pone el acento en el respeto de los procedimientos establecidos para la elección de las autoridades, mientras que en el plano material se observa, además del aspecto procedimental, la concreción práctica de la democracia en la sociedad de que se trate.⁶⁹

Asimismo, se pone de relieve que la expresión "sociedad democrática" debe entenderse, a su vez, como aquella que está constituida por tres elementos esenciales, a saber: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto.⁷⁰

Desde otro costado, las condiciones de existencia material del principio de proporcionalidad, según se pudo ver, fincan en la existencia de un objetivo idóneo, en la necesidad de la medida y en la proporcionalidad en sentido estricto.

Con el primero de ellos se persigue limitar el margen de maniobra del Estado, exigiendo que la restricción del derecho fundamental que se cuestiona debe perseguir uno o varios de los objetivos previstos en el instrumento internacional de protección que resulte aplicable. De este modo, se proscriben las abstracciones a las que recurren las autoridades

66 BARRÓN DIEGADO Francisco Roberto (2011). Las limitas a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una revisión judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Jurídica del Estado* nº 26, pp. 387 - 139 (<http://dijec.unl.edu.ar/revista/2012/26/>) fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017, p. 139.

67 BARRÓN DIEGADO Francisco Roberto (2011). Las limitas a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una revisión judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Jurídica del Estado* nº 26, pp. 387 - 139 (<http://dijec.unl.edu.ar/revista/2012/26/>) fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017, p. 139-120.

68 BARRÓN DIEGADO Francisco Roberto (2011). Las limitas a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una revisión judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Jurídica del Estado* nº 26, pp. 387 - 139 (<http://dijec.unl.edu.ar/revista/2012/26/>) fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017, p. 139.

69 A su vez, se explica que la revisión de ley en sentido material para el derecho público requiere que se trate de una norma general, abstracta y que persiga por lo menos, un objetivo, antes que un fin concreto de la aplicación, verbas per el autor en el artículo que cita.

70 BARRÓN DIEGADO Francisco Roberto (2011). Las limitas a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una revisión judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Jurídica del Estado* nº 26, pp. 387 - 139 (<http://dijec.unl.edu.ar/revista/2012/26/>) fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017, p. 139-120.

71 BARRÓN DIEGADO Francisco Roberto (2011). Las limitas a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una revisión judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Jurídica del Estado* nº 26, pp. 387 - 139 (<http://dijec.unl.edu.ar/revista/2012/26/>) fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017, p. 139.

nacionales como fin de las normas que limitan los derechos.⁸¹

Asimismo, en virtud de la exigencia de la necesidad de la medida, se autorizará a una restricción a los derechos convencionales, únicamente si se demuestra que el Estado no cuenta con ningún medio alternativo de menor impacto para llenar el objetivo perseguido.⁸²

Por último, el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto persigue determinar si la medida cuestionada es proporcional al objetivo enunciado.⁸³

C. Epílogo de los límites: la lógica de la proporcionalidad o razonabilidad

El análisis de los diversos estudios acerca de los límites que se han propuesto al uso del margen de maniobra de las autoridades nacionales, nos lleva al convencimiento de que todos ellos convergen y encajan perfectamente en la lógica del respeto al principio de proporcionalidad.⁸⁴

Así, se ha podido observar que García Roca ha señalado a la mencionada lógica de la proporcionalidad como una barrera a los excesos que puedan cometerse en el uso de la prerrogativa del margen de discreción,⁸⁵ y, en el mismo sentido, Faúndez Ledesma advierte que el órgano de supervisión del tratado de que se trate, siempre examinará la medida de restricción adoptada por la autoridad estatal, a fin de determinar "si ella es proporcionada y persigue un fin legítimo, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes".⁸⁶

Asimismo, y en términos similares, el autor citado en último término pone de resalto que la doctrina del margen de apreciación solo podría ser ejercida dentro de límites "razonables" y que en ningún caso aquella puede confundirse con la arbitrariedad.⁸⁷

Es que, aun cuando esta doctrina propicie el respeto de las particularidades de cada sociedad frente a la normatividad general de los tratados regionales de derechos humanos, dirigiendo el esfuerzo hacia la armonización de ambos, no deja de señalarse que las "cogueras axiológicas colectivas" son inaceptables, teniendo en cuenta el "desarrollo actual de la conciencia ética global".⁸⁸

81 BARRERA DIEZGADO, *Instituto Roberto* (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Intervención judicial en temas a ciertos derechos de la economía, ética y culturales*. *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 - 110 (<http://derechos.org/nizkor/inter/amplio/201108/doc/interve-26-de-diciembre-de-2011>).

82 BARRERA DIEZGADO, *Instituto Roberto* (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Intervención judicial en temas a ciertos derechos de la economía, ética y culturales*. *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 - 110 (<http://derechos.org/nizkor/inter/amplio/201108/doc/interve-26-de-diciembre-de-2011>).

83 BARRERA DIEZGADO, *Instituto Roberto* (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Intervención judicial en temas a ciertos derechos de la economía, ética y culturales*. *Revista Derecho del Estado* 26, pp. 107 - 110 (<http://derechos.org/nizkor/inter/amplio/201108/doc/interve-26-de-diciembre-de-2011>).

84 GARCÍA ROCA, Javier (2007): *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: autonomía e integración*. *Derecho y realidad constitucional* 27, 263, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/inter/amplio/200708/doc/interve-26-de-diciembre-de-2007>).

85 GARCÍA ROCA, Javier (2007): *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: autonomía e integración*. *Derecho y realidad constitucional* 27, 263, pp. 117 - 141 (<http://derechos.org/nizkor/inter/amplio/200708/doc/interve-26-de-diciembre-de-2007>).

86 BARRERA DIEZGADO, *Instituto Roberto* (2006): *Si misma reiteración de protección de los derechos humanos*. *Aspectos institucionales y procedimentales*. *Org. del Sur*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 40.

87 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procedimentales*. *Org. del Sur*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 60.

88 SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (244 ed.). Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, p. 224.

En ese sentido, se cuestiona como ejemplo el caso de ciertos países de tradición presidencial, no desde su origen o la razón a sus potestades formales de interferencia (a tal se podría justificar atribuyendo el espacio reservado que posee el margen de apreciación) (SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *La*

La misma lógica de la proporcionalidad –o razonabilidad– lleva, en definitiva, a concluir que los aludidos límites de este instituto se encuentran en relación directa con las circunstancias por las que atraviesa el Estado que haya de valerse de aquel, ya que si se está frente a circunstancias excepcionales como un estado de emergencia o la guerra, aquellos límites se debilitan y se admite, por consiguiente, que los derechos puedan restringirse en mayor medida.¹²⁴

En línea con esto último, no debe perderse de vista que esta doctrina, como toda herramienta de contención judicial que no se encuentra codificada, tiene unos límites móviles que varían de lugar en lugar y de tiempo en tiempo.¹²⁵

Así y todo, cierta doctrina, en referencia al sistema interamericano, sostiene que la doctrina del margen de apreciación nunca podría usarse de modo tal que derogue el principio "pro homine", en los términos en que es reconocido en el art. 29 de la Convención Americana.¹²⁶

En definitiva, habiendo –al decir de Sagüés– un margen de apreciación aceptable y uno inaceptable,¹²⁷ será la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien tendrá la última palabra en cuanto a su aceptación o rechazo,¹²⁸ debiendo señalarse, por otro lado, que la doctrina de mentas no puede servir de excusa para que los órganos del sistema interamericano intenten eludir un análisis profundo del caso que se le someta, ya que así lo impone el art. 33 de la Convención Americana.¹²⁹

7. Observaciones críticas

Como señala García Roca, ha surgido un intenso debate en oportunidad de analizar críticamente la doctrina del margen de apreciación nacional, dando como resultado tres posturas: una de ellas, muy negativa, la ve como una doctrina elusiva que permite que las Cortes regionales abdiquen la responsabilidad de juzgar casos complejos y sensibles,

124 J. SAGÜÉS, *Control de la Constitución* (2014), 423 Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, p. 224.

125 BARBIÑA DELGADO, *Interamericano* (2012), "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos, entre el Estado de Derecho y la libertad de expresión" en TERRER MACÍ (2014) DE, El Estado y LIBERTAD DE EXPRESIÓN, México (comité) (Fideicomiso internacional de derechos humanos) Tribunal Constitucional y Corte Interamericana México (C) E, México (Year in Review) pp. 249 – 257, pp. 249 y 250.

126 NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. Un repaso a la jurisprudencia interamericana y el deber constitucional de ser lo más de salvaguarda del derecho internacional de los derechos humanos" en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ALONSO ALVAREZ, Pablo (eds) (comité) El margen de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales, México (C) E, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 – 44, p. 32.

127 FRANCIS LEONIDA, Oliver (2004) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales, 423 San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 44.

128 El único artículo, que lleva por título "Normas de interpretación" establece lo siguiente:

"Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona sustraer al goce y ejercicio de los derechos e libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la presente estipula;

b) limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con los principios de cualquier otro tratado o pacto o de acuerdo con otra convención o que sea parte uno de dichos tratados;

c) establecer derechos y garantías que van além de las del sistema que se establece en la forma democrática representativa de gobierno; y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Ciudadano y otros actos institucionales de la misma naturaleza.

129 LEONIDA, Oliver (2004) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales, 423 San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 43.

130 SAGÜÉS, Juan Antonio (2014) Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Lexis, p. 174.

131 FRANCIS LEONIDA, Oliver (2004) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procedimentales, 423 San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 43.

El art. 33 de la Convención establece que: "Sin perjuicio de las competencias que el cumplimiento de las obligaciones contenidas por los Estados Partes en esta Convención, al Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, otorga en adelante la Comisión y el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, quedan en adelante la Corte

o, en otras palabras, se trataría de un pretexto para rehusar el juicio.¹⁶⁵

En el otro extremo, encontramos aquella postura que ve en la mencionada doctrina una muestra de una acertada prudencia judicial, en cuanto se respetó el pluralismo y la diversidad cultural de las naciones europeas, poniendo un coto al avance del universalismo.¹⁶⁶

Por fin, la tercera postura es representada por una visión matizada de las dos anteriores, que se mantiene equidistante de ambas.¹⁶⁷

En lo que sigue, se expondrán las expresiones de los autores que suscriben tales posturas, ubicando a quienes sostienen la primera de ellas en el apartado denominado "Posturas favorables", mientras que se reserva el acápite "Posturas críticas" para los análisis encuadrados en la segunda de dichas posturas y en la postura intermedia.

A. Posturas favorables

Es preciso destacar que, a la hora de realizar una evaluación de la doctrina en estudio, incluso los autores más críticos de ella han reconocido que es necesario conceder cierto margen de apreciación a los Estados, de tal suerte que, hoy en día, puede decirse que la mayoría considera que la doctrina del margen de apreciación cumple un papel esencial y que su existencia es inevitable.¹⁶⁸

En opinión de García Roca, la necesidad de la doctrina se funda, por un lado, en el propio carácter subsidiario de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, pero, fundamentalmente, en la diversidad que existe "ad intra" de cada una de las regiones abarcadas en el ámbito de aplicación de los tratados de derechos humanos.¹⁶⁹

165 GARCÍA ROCA, Iván (2007). La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 129.

166 GARCÍA ROCA, Iván (2007). La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 129 y 130.

167 GARCÍA ROCA, Iván (2007). La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 130.

168 GARCÍA ROCA, Iván (2007). La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 129 y 130.

169 GARCÍA ROCA, Iván (2007). La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 130.

Es cierto que lo que el autor destaca a modo fuerte, es la gran diversidad que comporta en la Europa abarcada por el sistema del Consejo Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA ROCA, Iván (2007). *La mayor discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integridad*, *Soberanía y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 145 (<https://doi.org/10.26434/chemrxiv-2014-01>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 130), lo cual se hace evidente si se tienen en cuenta las enormes diferencias culturales que se observan en su territorio así como que se trata de los territorios de los países, propiamente, pasando por los territorios árticos y antárticos, Nueva Zelanda y los Estados de población mayoritariamente musulmana. No obstante, creemos que esa diversidad no es sólo que también lo es, así cuando se trata de estos territorios, a los países americanos o a miembros de la Comunidad Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la traducción resulta capzosa e imprecisa de lo que el autor se refiere al desdoblamiento de diferencias culturales, aunque, en la actualidad, el mismo autor desarrolla importantes que discuten por el nivel de la cultura en países a los miembros del mismo sistema. En consecuencia, el surgimiento de la nueva agenda política institucional denominada "nuevas culturas (valores latinoamericanos)" ha marcado, según creemos, una importante diferencia entre los países que la integran (Venezuela, Ecuador y Bolivia, principalmente) y los que no.

Finalmente, si nos concentramos en los territorios de la citada América para encontrar diferencias de valores políticos en lo que, por ejemplo, el autor trata como de la misma cultura, surge una importante diferencia (debida sólo) espacial sucesiva que lo vincula con el proceso constituyente (p. 9) de Argentina) y aquellos que han desafiado a la Corte (p. 9) Uruguay).

En materia, la parte de los territorios americanos, en general, demuestra que ellos también agrupan a los latinoamericanos, y el hecho mismo de haber con la heterogeneidad representada en diversidad lingüística, en grado de la diversidad, la pluralidad, la riqueza de valores latinoamericanos (veremos [MORÓN, María Estela Rojas (2018). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Argentina, Astrea, p. 137 y 138).

mundo, que no es solo cultural, sino también jurídica.¹¹⁷

En este marco, el consenso referido lejos está de representar acabados acuerdos acerca del contenido y alcance de cada uno de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, de lo que da cuenta la generalidad con que son concebidas las normas de estos últimos. Esto demuestra, justamente, que una "exacta sincronía" entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos no es conveniente ni tampoco posible en la actualidad, ni mucho menos exigible.¹¹⁸

Así, mientras no haya consenso, no sólo sería razonable sino también necesario que los Estados recurran al margen de apreciación nacional, en oportunidad de tener que aplicar los convenios internacionales de derechos humanos.¹¹⁹

Vale tener en cuenta, incluso, que el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos se abstiene de formular conceptos con pretensiones de universalidad cuando se advirtió la ausencia de consenso acerca de sus contenidos.¹²⁰

Sin perjuicio de esto, otra visión del consenso también respaldaría la existencia y aplicación de la doctrina en mentas. Desde este punto de vista, se observó que centrarse exclusivamente en el consenso, aparejaría la contradicción de entregar a la mayoría la potestad de determinar el contenido de los derechos.¹²¹

Desde esta óptica, la contradicción surge tan pronto se constata que el respeto y la protección de las minorías pertenecen a la esencia misma de los sistemas de protección de los derechos humanos. Y el paso siguiente en esta línea de razonamiento es determinar la noción de minoría, la cual, a estos fines, no se identifica con un grupo determinado identificable al interior de una sociedad nacional, sino que se estaría haciendo referencia a esa misma sociedad nacional que, en el concierto de la región, entiende y aplica los derechos humanos de acuerdo a su particular identidad cultural y jurídica.¹²²

Este último argumento se vincula, de nuevo, con la idea de democracia y diversidad, en el sentido de que, estando implicada la segunda en la primera, no podría esperarse que exista uniformidad en todos los Estados en lo que hace al reconocimiento del contenido de ciertos derechos. Por el contrario, la diversidad de concepciones en tal sentido es el resultado de la organización democrática de una sociedad, y esa sociedad democrática debe asumir que existirán diversas formas de concebir el contenido de esos derechos.¹²³

117 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 207.

118 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 208.

119 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 209.

120 HENRIE POBLETS, *México (2010): "Antes la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana continental y el deber constitucional de respetar la diversidad de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos"*, en *NUCLEO POBLETS, México y EL DERECHO INTERNACIONAL*, Paula Fabra (coord.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y globales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 80, p. 8.

121 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 209.

122 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 209.

123 BERNARDO CASALS, *México, Argentina (2005): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*, *In el Punto nº 11* (Marzo 05), pp. 205 - 216 (<http://www.elsid.org/pdfs/argpntcas05.pdf>) (fecha de consulta: 05 de mayo de 2015), p. 209.

En fin, se advierte que la doctrina del margen de apreciación nacional tiene reservado un lugar destacado en el derecho internacional de los derechos humanos, al permitir armonizar la protección de los derechos humanos con la responsabilidad de las autoridades estatales de velar por los derechos e intereses de la sociedad toda.¹²⁴

B. Posturas críticas

Las posturas más recelosas del instituto en estudio no solo aglutinan a aquellos autores que objetan la misma necesidad de su existencia, sino que también podemos incluir en ellas a quienes ven con mirada crítica la configuración que la doctrina del margen ha ido adquiriendo hasta la actualidad.

Entre los primeros, cabe mencionar a aquellos que ven a la doctrina como contraria a la esencia del fenómeno integrativo¹²⁵, ya que, si lo que se persigue con este último es la consolidación de un derecho común regional de los derechos humanos, luce contradictorio con semejante objeto abrir portales para las interpretaciones locales.¹²⁶

Por otro lado, se previene que la recepción de la doctrina del margen pondría en riesgo la primacía que, se supone, debería tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todo el derecho interno.¹²⁷

Del mismo modo, se advierte la probable falta de acierto de echar mano, como herramienta de control para situaciones ordinarias, a un instituto surgido en hipótesis de emergencia.¹²⁸

No obstante, aun quienes reconocen que se justifica la existencia de la doctrina bajo estudio, igualmente ponen en el foco de la crítica su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que esta ocasiona, ya que —desde esta óptica— tanto esta construcción teórica, como su aplicación práctica, serían altamente discrecionales e imprecisos. En este orden, se señala que quizás sea el propio origen de la doctrina, enmarcado en la emergencia, el que le ha legado su fisonomía tosca y elemental.¹²⁹

Precisamente, una de las críticas se basa en el hecho de que no constituye una "doctrina legal" propiamente dicha, es decir, un conjunto ordenado de reglas que pueda deducirse de la jurisprudencia, sino que, antes bien, el uso impreciso que se hace de ella la configura como una construcción poco conveniente. Esto redundaría en la mencionada falta de seguridad jurídica, ya que no se puede saber, a ciencia cierta, cuándo va a ser usada la

[124] MONTES LITRONS (2004) El sistema latinoamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y jurídicos (1949-2003). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 47.

[125] Véase la metodología empleada, y a la luz de los anteriores, sobre la primacía elaborada en la nota 123.

[126] MONTES LITRONS (2004) Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Arca, p. 177.

[127] MONTES LITRONS (2004) Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Arca, p. 177.

[128] CASO 14.000.03, serie (2007) La ley discriminatoria de los del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencia e integración. *Doctrina y realidad constitucional* n.º 26, pp. 117 - 140 (<http://derechos.org/nizkor/doc/doc/2007/03/1400003.html>). Cita de consulta: 26 de noviembre de 2017, p. 122.

[129] CASO 14.000.03, serie (2007) La ley discriminatoria de los del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencia e integración. *Doctrina y realidad constitucional* n.º 26, pp. 117 - 140 (<http://derechos.org/nizkor/doc/doc/2007/03/1400003.html>). Cita de consulta: 26 de noviembre de 2017, p. 122.

[130] Cabe advertir que la nota 130a expresa su crítica no tanto a la finalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es garantizar la libertad en primer término la doctrina del margen de apreciación.

doctrina del margen por el Tribunal regional, ni con qué suerte.¹³⁰

El resultado de esta incertidumbre es que, por un lado, los Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo no saben a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad con que cuentan, y, por otro, las personas protegidas tampoco pueden prever la intensidad con que aquel Tribunal desplegará su revisión.¹³¹

Como conclusión, García Roca señala que la jurisprudencia del Tribunal Europeo “produce una clara sensación de inseguridad jurídica y pone de manifiesto un exceso de discrecionalidad en la decisión”, sirviendo la doctrina del margen de apreciación para casi todo, tanto para decidir en un sentido como para hacerlo en el sentido opuesto.¹³²

Asimismo, el autor citado opone sus reparos a la tesis que afirma que el margen de apreciación podría servir como línea divisoria entre las cuestiones que pueden resolverse en sede doméstica y aquellas que necesitan una solución homogénea en sede internacional, a modo de regla de división de jurisdicciones. En este sentido, este intento terminaría por decantar en una diferenciación más de grado que de especie, ya que sería demasiado difícil establecer cuál es la parte fundamental de un derecho y cuál su parte accidental.¹³³

Esto mismo, en última instancia, entrañaría el riesgo de consagrar una excepción política, por cuanto, hasta que el Tribunal europeo no resuelva de forma previa, general y abstracta cuál aspecto debe ser considerado fundamental en cada uno de los derechos, el juicio seguirá siendo muy impreciso. Cabe destacar, al respecto, que Estrasburgo no ha resuelto esa cuestión hasta el momento y que no le será fácil hacerlo.¹³⁴

En relación con esto, se pone de resalto la incertidumbre que se esconde en cierto tipo de decisiones del Tribunal Europeo. Fenómeno al que se ha denominado “la paradoja de la sede del enjuiciamiento”. En efecto, en ocasiones se ha decidido que eran las autoridades nacionales las que se encontraban en mejor situación para justipreciar los intereses en conflicto, ya que, siendo los Estados los que están en contacto directo y permanente con la realidad local, la mejor sede para un juicio concreto acerca de aquellos sería la nacional. Sin embargo, resolver acerca de la mejor ubicación para enjuiciar un conflicto no es tan sencillo, ya que, si bien un juicio sabio requiere de la inmediatez que permite conocer cabalmente la realidad que se analiza, no es menos cierto que la distancia permite la serenidad exigida para un juicio imparcial, todo lo cual lleva a que la opción que se pretende sea adoptada no sea clara y prístina.¹³⁵

[130] GARCÍA ROCA, Iván (2017) La nueva doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Soberanía y realidad constructivista* n° 20, pp. 117 - 147 (<https://doi.org/10.1080/10439862.2017.1361440>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 142.

[131] GARCÍA ROCA, Iván (2017) La nueva doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Soberanía y realidad constructivista* n° 20, pp. 117 - 147 (<https://doi.org/10.1080/10439862.2017.1361440>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 142.

[132] GARCÍA ROCA, Iván (2017) La nueva doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Soberanía y realidad constructivista* n° 20, pp. 117 - 147 (<https://doi.org/10.1080/10439862.2017.1361440>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 142.

[133] GARCÍA ROCA, Iván (2017) La nueva doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Soberanía y realidad constructivista* n° 20, pp. 117 - 147 (<https://doi.org/10.1080/10439862.2017.1361440>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 124.

[134] GARCÍA ROCA, Iván (2017) La nueva doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Soberanía y realidad constructivista* n° 20, pp. 117 - 147 (<https://doi.org/10.1080/10439862.2017.1361440>) (fecha de consulta: 20 de

Así es que, en resumidas cuentas, aun cuando reconozcan que la doctrina del margen de apreciación nacional es necesaria y que puede prestar auxilio en ciertos casos, los autores críticos de su fisonomía actual proponen que aquella debería estar expresamente establecida en el Convenio regional respectivo, y que en él deberían estar explícitos los supuestos en que el Tribunal regional deba abstenerse de revisar lo decidido en sede nacional, y aquellos en los que no.¹²⁴

Incluso, a las anteriores exigencias formales sugeridas, se suma la propuesta de un determinado contenido material para la doctrina. En virtud de ella, de ninguna manera el margen podría ser universal, en el sentido de ser factible de aplicación a todos los derechos del Convenio, así como tampoco se considera adecuado que se lo regule con amplitud.¹²⁵

Por el contrario, la propuesta es que el margen de apreciación sea mínimo y que su aplicación esté reservada solo a algunos derechos susceptibles de intensa disciplina reglamentaria, destacándose que debería estar fundado en auténticas hipótesis de diversidad en lo social y cultural, en tanto no podría fundarse su uso en el caso de simples dificultades fácticas de alcanzar una solución regional.¹²⁶

III. La doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

1. La recepción de la doctrina en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comparación con el desarrollo que tuvo en el contexto del Convenio Europeo

En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cabe destacar que la Convención Americana no contempla expresamente la posibilidad de que un Estado haga uso del margen de apreciación nacional y, aun así, es de toda evidencia que la doctrina ha sido de aplicación.¹²⁷

Esta situación se explica por el hecho de que, aun cuando las nociones empleadas por la Convención sean autónomas e independientes del significado que pudieran atribuirle las autoridades nacionales, la dosis de subjetividad que contienen muchos de esos contenidos le conferiría a los Estados, implícitamente, un cierto margen de apreciación, con lo cual, en definitiva, la doctrina sería la inherente a las propias expresiones utilizadas en el Pacto de San José.¹²⁸

124. Véase el párrafo 217 de la 12ª y 13ª.

125. CÁRDENAS ROCHA, Susie (2007). La tesis doctrinal de la doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: relevancia e importancia. *Temas y realidades constitucionales* n° 20, pp. 127 – 147 (<https://dilecta.universia.net/extras/10240/>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 141.

126. CÁRDENAS ROCHA, Susie (2007). La tesis doctrinal de la doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: relevancia e importancia. *Temas y realidades constitucionales* n° 20, pp. 127 – 147 (<https://dilecta.universia.net/extras/10240/>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 141.

127. CÁRDENAS ROCHA, Susie (2007). La tesis doctrinal de la doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: relevancia e importancia. *Temas y realidades constitucionales* n° 20, pp. 127 – 147 (<https://dilecta.universia.net/extras/10240/>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 141.

128. CÁRDENAS ROCHA, Susie (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Agencia constitucionales y procesos* (IIC-UNIC) *Temas y realidades constitucionales* n° 10, pp. 127 – 147 (<https://dilecta.universia.net/extras/10240/>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 141.

Como ejemplo de un artículo de Convención Americana que contiene a "las medidas legales o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", que define un supuesto por los Estados partes (CÁRDENAS ROCHA, Susie (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Agencia constitucionales y procesos* (IIC-UNIC) *Temas y realidades constitucionales* n° 10, pp. 127 – 147 (<https://dilecta.universia.net/extras/10240/>) (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017), p. 141).

aplicación de la doctrina. En tal sentido, se advierte que los órganos de supervisión del sistema interamericano (Comisión y Corte) han sido más renuentes a dicha aplicación que los del sistema europeo.¹⁴³

Los motivos de esta disparidad se han explicado, en parte, tomando en cuenta la profusión de la jurisprudencia en una y otra región, llegándose a la conclusión de que una de las razones por las que se encuentran menos casos de aplicación del margen de apreciación en el sistema interamericano es, precisamente, la menor cantidad de casos que han llegado a sus estrados. Asimismo, otra de las razones que se han encontrado para entender la diferencia apuntada estaría en una tendencia de la Corte Interamericana al universalismo, ya que, así como su par europea ha intentado dar cuerpo a un "orden público europeo", aquella trabaja por el fortalecimiento de un "ius constitutionale commune" latinoamericano.¹⁴⁴

No obstante, se ha advertido que las diferencias de intensidad en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, deberían ser medida sólo con respecto a los denominados "casos difíciles"¹⁴⁵, ya que, si se procediera a discriminar estos últimos de los "casos fáciles", y se pusiera la atención sólo en los primeros, se podría observar que su número es notablemente inferior en el sistema interamericano. En otros términos, en el sistema de la Convención Americana los casos en los que es claramente inaplicable el margen de apreciación serían muchos más que aquellos en los que esa doctrina podría llegar a ser de aplicación.¹⁴⁶

Luego de esta aclaración, Núñez Poblete sugiere algunos factores que podrían haber influido en la mayor renuencia del sistema interamericano a la aplicación de la doctrina en cuestión, tales como la diversa construcción semántica de uno y otro instrumento regional, la forma en que se han planteado los casos, la mayor homogeneidad cultural y social al interior de la América Latina, un desarrollo económico mucho más discreto y la falta de auténticos procesos de integración tanto económica como política.¹⁴⁷

Así y todo, siguiendo con el análisis comparativo entre ambos sistemas regionales de

143 BENEDETTI CAVALI, Mario (2009) El margen y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Justicia Social* n.º 7 (Año 13), pp. 281 - 300 ([http://www.ub.edu/psp/psoc/wp-content/uploads/2010/06/06-03-Bene-de-ca-socia-07-de-cien-de-2009-300](http://www.ub.edu/psp/psoc/wp-content/uploads/2010/06/06-03-Bene-de-ca-socia-07-de-cien-de-2009-300-MUNOZ-PORTELLA-Mario-2009-300-1.pdf)).

144 BENEDETTI CAVALI, Mario (2009) El margen y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Justicia Social* n.º 7 (Año 13), pp. 281 - 300 (<http://www.ub.edu/psp/psoc/wp-content/uploads/2010/06/06-03-Bene-de-ca-socia-07-de-cien-de-2009-300>).

145 El autor propone una definición de "casos difíciles" (casos) enmarcada en el ámbito de la interpretación del derecho, que se refiere precisamente a los casos de los denominados "casos difíciles" (MUNOZ PORTELLA, Mario (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación en la protección latinoamericana constitucional: el margen constitucional de intervención del derecho internacional de los derechos humanos" en MUNOZ PORTELLA, Mario y ACCIARI ALBAJARO, Paula (eds.) (coords.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales, México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 40, p. 30. En ese sentido, se ha señalado por caso difícil a aquellos en los que debido a problemas en la armonización normativa o técnica se surge algún dilema en materia de interpretación interna que hacen imposible la aplicación de algunas normas para su resolución, tal es el caso de los casos señalados por su autor, pero como casos "no tanto respecto a la falta de armonización normativa, sino de armonización técnica" (MUNOZ PORTELLA, Mario (2012) *México: la política y el derecho humano*, Madrid, España, Editorial Finis, p. 19).

146 MUNOZ PORTELLA, Mario (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la perspectiva latinoamericana constitucional y el derecho constitucional de intervención de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos" en MUNOZ PORTELLA, Mario y ACCIARI ALBAJARO, Paula (eds.) (coords.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales, México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 40, p. 34.

147 MUNOZ PORTELLA, Mario (2012) "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la perspectiva latinoamericana constitucional y el derecho constitucional de intervención de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos" en MUNOZ PORTELLA, Mario y ACCIARI ALBAJARO, Paula (eds.) (coords.) El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas regionales y nacionales, México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 40, p. 35.

cosas, modificaría el régimen de la nacionalidad por naturalización.¹⁵⁵

En esta ocasión, y en lo que nos interesa, el Alto Tribunal regional reconoció que, tradicionalmente, la disciplina de la nacionalidad es una competencia propia de cada Estado, mas, no obstante, destacó que, en este campo, la evolución del derecho internacional ha impuesto ciertos límites a la discrecionalidad de las autoridades estatales, con lo que el panorama de la materia, "en su estado actual", dejaba ver la concurrencia de la reglamentación estatal con algunas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵⁶

Esto último se debe a que el concepto de nacionalidad, que en la perspectiva clásica constituía un atributo que el Estado confería a "sus súbditos", fue evolucionando hasta transformarse en un derecho de la persona humana, debiendo convivir la competencia de regulación del Estado con este último carácter. En este sentido, la Corte puso de relieve que el derecho a la nacionalidad está previsto en el art. 20 de la Convención Americana,¹⁵⁷ el cual ofrece su protección en un doble aspecto, ya que, por un lado, dota al individuo de "un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales", en tanto, a través de dicho derecho, se establece un vínculo con un Estado determinado; y, por otro lado, lo protege contra la privación arbitraria de su nacionalidad.¹⁵⁸

A partir de estos conceptos, se aborda el meollo del asunto, y se sostiene, al respecto, que resulta "natural" que las condiciones y procedimientos para que un extranjero adquiera la nacionalidad sean materia que dependa, predominantemente, del derecho interno del Estado receptor.¹⁵⁹

De tal modo, se advierte que, en opinión de la Corte, la noción fundamental en esta materia es la de la vinculación efectiva del aspirante con "el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente", y, dentro de ese esquema, resulta que en principio, y siempre que no se vulneren otros principios superiores, es el Estado otorgante quien tiene la potestad de "apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen" que esa vinculación está presente.¹⁶⁰ Asimismo, se reconoció también que ese mismo Estado, sujeto a los mismos límites, puede determinar, de acuerdo a sus conveniencias, la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad, y siendo contingentes esas conveniencias, también sería "normal" que aquellas

155 BARBERA (REGANZI) *Tratado de Derecho* (2012). Con título y la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente sobre la ex tunc y ex tunc doctrina de la reciente jurisprudencia y doctrina. *Revista Jurídica del Estado* 2º 20, pp. 147 - 177 (<http://www.legislativa.com.ar/legislativa/201209>). Fecha de consulta: 24 de diciembre de 2017 y, 108.

156 Ver Interamericano de Derechos Humanos (Órgano Consultivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) *Informe de la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (19 de febrero de 1994) (https://www.unhcr.org/refugees/cases/34_109.pdf). Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017; par. 32.

157 Art. 20 de la Convención Americana, que dispone sobre "Derecho a la nacionalidad" establece que: 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació o se crea derecho a ella. 3. A toda persona adquirida por el Estado de otro país se le garantiza el derecho a la nacionalidad.

158 Ver Interamericano de Derechos Humanos (Órgano Consultivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) *Informe de la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (19 de febrero de 1994) (https://www.unhcr.org/refugees/cases/34_109.pdf). Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017; par. 11 y 16.

159 Ver Interamericano de Derechos Humanos (Órgano Consultivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) *Informe de la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (19 de febrero de 1994) (https://www.unhcr.org/refugees/cases/34_109.pdf). Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017; par. 35.

160 Ver Interamericano de Derechos Humanos (Órgano Consultivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) *Informe de la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (19 de febrero de 1994) (https://www.unhcr.org/refugees/cases/34_109.pdf). Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017; par. 36.

facilidades varíen según las circunstancias, sea por su ampliación o por su reducción.¹⁴¹

En virtud de esto último, el Tribunal pareció admitir que, en un momento dado, se puedan imponer nuevas condiciones para otorgar la nacionalidad, que tengan como finalidad evitar que su adquisición sea usada como un subterfugio, sin que se constate la presencia de los mencionados vínculos efectivos.¹⁴²

Todo esto llevó al Tribunal regional a establecer que una adecuada inteligencia del derecho a la nacionalidad, previsto en el art. 20 de la Convención, exige armonizar la competencia del Estado para reglamentarlo con las limitaciones que se reconocen a esta facultad, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁴³

Sentado lo anterior, la Corte pasó al tratamiento de la cuestión en sí, concluyendo que el proyecto de reforma constitucional costarricense estaba orientado, en general, a restringir el acceso a la nacionalidad de ese país y, partiendo de aquí, advirtió acerca de tres tipos de problemas que se le plantearon y que no iba a tratar.¹⁴⁴

Esa advertencia es importante a los efectos de nuestro tema, ya que pone en evidencia los espacios de actuación de las instancias de decisión nacional que, por propia resolución de la Corte Interamericana, quedaron fuera de su escrutinio. De tal suerte, los problemas planteados que fueron excluidos de tratamiento fueron -como se dijo- de tres tipos: algunos de ellos fueron considerados, directamente, como materias no jurídicas; y otros, aun cuando fuesen materia jurídica, no envolvían cuestión de derechos humanos; más lo que resulta verdaderamente interesante en lo que hace al estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional es la definición de la restante categoría de problemas excluidos, ya que se señaló que estos últimos, más allá de revestir carácter jurídico y de tener, incluso, relevancia desde el punto de vista de los derechos humanos, caían -en expresión del Tribunal- "dentro de las materias reservadas al dominio exclusivo del derecho interno de Costa Rica".¹⁴⁵

Analizando el proyecto de reformas, y asumiendo su naturaleza restrictiva, el Alto Tribunal concluyó, preliminarmente, que no colisionaba, al menos formalmente, con el dispositivo del art. 20 del Pacto de San José, ya que, aun a pesar del endurecimiento de las condiciones necesarias para que los extranjeros puedan naturalizarse, no cancelaba la nacionalidad a ningún ciudadano costarricense que la tuviese a ese momento, ni tampoco le privaba del derecho a cambiarla. Sin perjuicio de ello, se advirtió que, en determinadas hipótesis, las posibilidades que abriría el texto de la reforma podrían dar lugar al

141 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Órgano Consultivo 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (relacionada con la naturalización) (19 de febrero de 1985) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/series_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017), para 36.

142 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Órgano Consultivo 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (relacionada con la naturalización) (19 de febrero de 1985) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/series_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017), para 36.

143 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Órgano Consultivo 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (relacionada con la naturalización) (19 de febrero de 1985) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/series_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017), para 36.

144 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Órgano Consultivo 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (relacionada con la naturalización) (19 de febrero de 1985) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/series_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017), para 36.

145 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Órgano Consultivo 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (relacionada con la naturalización) (19 de febrero de 1985) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/series_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017), para 36.

deben valorarse las condiciones que garantizan la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad.¹⁷¹

Así y todo, en esas mismas líneas se insinuaron, indirectamente, los límites a dicho margen de apreciación, por cuanto, al destacar que los mencionados requisitos no podían considerarse irrazonables e injustificados, el Alto Tribunal regional estaba erigiendo, en definitiva, el coto del principio de proporcionalidad, de igual modo que lo hacía al advertir que lo resuelto en la consulta que se le había elevado, de ninguna manera implicaba "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".¹⁷²

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también abordó la doctrina del margen de apreciación nacional en su jurisprudencia, y, entre los casos en que así lo hizo, se puede mencionar la denuncia presentada por José Efraín Ríos Montt, quien pretendía ser candidato a presidente de Guatemala, y la Constitución de ese país inhabilitaba de por vida para acceder a dicho cargo a quienes hubiesen realizado un golpe de Estado o hubiesen ocupado la jefatura de gobierno en su consecuencia.¹⁷³

En este asunto, el problema central, en opinión de la Comisión, fincaba en determinar si el mentado dispositivo constitucional era compatible con el art. 23 de la Convención Americana, que reconoce los derechos políticos.¹⁷⁴

No obstante, más allá de lo resuelto sobre el fondo de la cuestión, se señaló que hay un "margen de apreciación permitido por el derecho internacional", aunque se puso de manifiesto "el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos".¹⁷⁵

Luego, la Corte Interamericana siguió desarrollando el esquema de reglas al que debe ajustarse el margen de discreción nacional en el espacio americano, y no sólo en casos referidos a los diferentes derechos reconocidos en el Pacto de San José, sino que también las garantías establecidas en la Convención fueron abordadas, en su relación con la doctrina en estudio.

De tal forma, se delimitó el espacio de alternativas de regulación de los Estados americanos, con respecto a la disciplina de las garantías judiciales previstas en el art. 8, espe-

171 Caso Interamericano de Derechos Humanos. Objeto: Consultas 494. Peticiones de modificación a la Constitución Política de Costa Rica informadas con la solicitud n.º 119 de febrero de 1980. (Sitio: www.corteidh.or.cr/docs/expedientes/series_06_esp.pdf). Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017. párr. 41, 42 y 43.

172 Caso Interamericano de Derechos Humanos. Objeto: Consultas 494. Peticiones de modificación a la Constitución Política de Costa Rica informadas con la solicitud n.º 119 de febrero de 1980. (Sitio: www.corteidh.or.cr/docs/expedientes/series_06_esp.pdf). Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017. párr. 42 y 43.

173 Véase también que la tesis corresponde a la decisión de la mayoría de la Corte Interamericana, ya que los jueces T. Burginberg y B. Pina Zavala no manifestaron su voto separado.

174 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 70/80, Caso 10.000. Ríos Montt, José E., vs. Guatemala (11 de octubre de 1981) (<http://www.cidl.org/interam/interam/esp/70/guatemala/0004.html>). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017.

175 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 70/80, Caso 10.000. Ríos Montt, José E., vs. Guatemala (11 de octubre de 1981) (<http://www.cidl.org/interam/interam/esp/70/guatemala/0004.html>). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017. párr. 49.

176 Art. 23 que tiene por objeto "Derechos políticos" establece que: 1. Entre los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la elección de los sucesos políticos, directamente o por medio de representantes (sufragio directo, si de votar y/o elegido en distintos períodos sucesivos, sufragio de igualdad y los sucesos políticos de su país. 2. De ser elegidos para el ejercicio de los derechos y oportunidades que se refieren al mismo sistema, sufragio universal, sufragio de igual, sufragio directo, sufragio secreto, sufragio libre y secreto, sufragio por sufragio completo, el proceso electoral.

177 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 70/80, Caso 10.000. Ríos Montt, José E., vs. Guatemala (11 de octubre de 1981) (<http://www.cidl.org/interam/interam/esp/70/guatemala/0004.html>). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017. párr. 24 y 25.

cialmente una de ellas, el derecho a recurrir un fallo.¹⁷⁵ Al respecto, tiene dicho el Alto Tribunal regional que ese recurso "debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho", por lo que, aun cuando "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".¹⁷⁷

En este temperamento, el hecho de que se haya afirmado, en vinculación con lo anterior, que no es suficiente con la mera existencia formal de los recursos, debiendo ser estos, además, eficaces,¹⁷⁸ hace pensar que los límites al margen de apreciación de las autoridades nacionales se han encontrado, también aquí, en el principio de proporcionalidad.

En otro caso, en el que estaba en el centro del cuestionamiento el impedimento de la inscripción de una candidatura independiente para el cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana destacó al respecto que, "en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido", y, en consonancia con ello, "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".¹⁷⁹

En lugar de ello, (L)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.¹⁸⁰

Desde esta perspectiva, el Tribunal reafirmó que "es posible la existencia de diversos sistemas electorales que sean compatibles con la Convención", y, en lo relativo a las limitaciones que se impongan al "ejercicio y goce de los derechos políticos", las consideró aceptables, "[S]iempre que no sean desproporcionados o irrazonables".¹⁸¹

Justamente en lo que hace al análisis de las restricciones a los derechos involucrados en el caso, se dejó sentado que, sin perjuicio de ciertos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, los derechos humanos, en general, no son absolutos, y, en virtud de esto último, se advirtió que "la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos".¹⁸²

¹⁷⁵ OEA/Ser.L/V/II.01 Doc. 10 at 10 (concediendo "Garantía judicial" gratuita, en su lugar interno 1, "Indipendencia total y plena de dicho juez o tribunal que se presente en instancia superior en su competencia legalmente reconocida. Deseando el gobierno, todo proceso base derechos en plena igualdad, a las siguientes personas mismas [...] (3) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Suiza vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/017_001.pdf) (Fecha de consulta: 04 de enero de 2015), par. 144.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Suiza vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/017_001.pdf) (Fecha de consulta: 04 de enero de 2015), par. 144.

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y Costas (04 de agosto de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/016_001.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2015), par. 142 y 144.

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Candidato Fátima vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y Costas (04 de agosto de 2006) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/016_001.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2015), par. 146.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Candidato Gómez vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y Costas (04 de agosto de 2006) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/016_001.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2015), par. 151 y 171.

¹⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Candidato Gómez vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reclamaciones y

No obstante, la Corte precisó que “la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional”, y expuso “las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención”.¹³³

En este sentido, la disciplina de las limitaciones a los derechos del Pacto sigue la lógica del principio de proporcionalidad, surgiendo del fallo las condiciones a las que deben sujetarse aquellas, a saber: la legalidad de la medida restrictiva; la finalidad de dicha medida, que debe ser de aquellas permitidas por la Convención; y la necesidad y la proporcionalidad de la misma. A su vez, respecto de esta necesidad, se señaló que ella debe evaluarse en el contexto de una sociedad democrática, lo que exige certiorarse de que aquella medida responde a una necesidad social imperiosa, en el sentido de atender a un interés público imperativo, de que es la que restringe en la menor medida posible el derecho afectado, y de que se ajusta, estrechamente, al logro del objetivo legítimo establecido.¹³⁴

Por último, cabe destacar otro caso resuelto por la Corte regional, en el que se evaluó la responsabilidad internacional del Estado de Chile por lo resuelto en un proceso judicial en que se le retiró la custodia de sus tres hijos a una madre, debido a su orientación sexual.¹³⁵

Este precedente es relevante, ya que se abordó la relación entre el consenso y el margen de apreciación nacional, a propósito de la respuesta que hubo de darse a una defensa que esgrimiera el Estado en tal sentido.

En efecto, en oportunidad de exponer las excepciones que hacían al derecho de su parte, la representación de Chile alegó que “los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían”, y que si fuese necesario ampliar el tratado en aquellas materias en las que no hubiere un consenso mínimo, la propia Convención prevé el procedimiento para la incorporación de protocolos adicionales. En ese temperamento, la defensa del Estado puso de resalto que, al momento de resolverse el caso en sede nacional, no había consenso en que la orientación sexual fuese una “categoría sospechosa”.¹³⁶

Al respecto, la Corte Interamericana señaló que: “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.¹³⁷

133 Corte IDH de agosto de 2005 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2005_001_001.pdf) (fecha de consulta: 07 de enero de 2016) par. 174.

134 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Catibola Gómez vs. Ecuador* (Unión Mixteca, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (04 de agosto de 2005) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2005_001_001.pdf) (fecha de consulta: 01 de enero de 2016) par. 175 y 177.

135 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Catibola Gómez vs. Ecuador* (Unión Mixteca, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (04 de agosto de 2005) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2005_001_001.pdf) (fecha de consulta: 01 de enero de 2016) par. 184/184.

136 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Alba Fello y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas (20 de febrero de 2012) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2012_001_001.pdf) (fecha de consulta: 01 de diciembre de 2017) par. 1.

137 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Alba Fello y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas (20 de febrero de 2012) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2012_001_001.pdf) (fecha de consulta: 01 de diciembre de 2017) par. 74 y 75.

138 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Alba Fello y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas (20 de febrero de 2012) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/2012_001_001.pdf) (fecha de consulta: 01 de diciembre de 2017) par. 82.

De tal suerte, la naturaleza eminentemente controversial y la consecuente falta de consenso acerca de los derechos de las minorías sexuales en el continente, no es razón suficiente para que la Corte se abstenga de decidir y entregue el asunto al margen de apreciación de los Estados.¹²¹

IV. El ius constitutionale commune latinoamericano y sus implicancias en la doctrina del margen de apreciación nacional

1. Nociones básicas acerca del ius constitutionale commune latinoamericano

La idea de un ius commune de los derechos humanos de alcance regional, ya sea americano, europeo o africano, e incluso eventualmente universal, tendría asidero en el mismo pensamiento liberal, en tanto uno de los postulados básicos de este último es la convicción de que los derechos fundamentales del ser humano son universales, de modo tal que, independientemente de las diferencias sociales y culturales que de hecho existen, todos los seres humanos, en condiciones de igualdad, comparten la titularidad de ciertos derechos esenciales.¹²²

Así y todo, y a pesar de hallar un origen plausible, se reconoce que el concepto de un derecho constitucional común latinoamericano es todavía ambiguo, aunque, no obstante ello, se lo ha vinculado con el nuevo paradigma del universalismo. Este nuevo paradigma se opone al del particularismo, por cuanto este último se asienta en la idea de que un orden social, tanto como la realización de los principios democráticos y el respeto de los derechos humanos, solamente son posibles en el marco de un Estado - Nación.¹²³

El paradigma del universalismo, por el contrario, defiende la posibilidad de lograr un orden social mediante un derecho público que trascienda a ese Estado - Nación, por lo que, a pesar de la agudizada dificultad de conceptualizar con precisión este nuevo fenómeno, se ha esbozado, como noción básica, que el ius constitutionale commune latinoamericano sería un nuevo derecho público para América Latina.¹²⁴

Analizando esta incipiente construcción, Arango plantea que este ius commune estaría sustentado sobre tres concepciones básicas, que serían sus pilares, cuales son una concepción interdependiente de los derechos humanos, una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional.¹²⁵

Como sea, hay coincidencia en que los tres principios básicos de este nuevo derecho constitucional común para Latinoamérica son el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia,¹²⁶ destacándose las transformaciones que ha pro-

[121] Véase *Interpretación al Derecho Humano*, María Bello y María C. Ojeda (Eds.), *Boletín de Investigaciones y Estudios* (14 de febrero de 2012) <http://www.observatorio.org/observatorio/boletines/178_esp.pdf> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017) par. 91.

[122] DELACROIX UGARTE, Félix (2016). "La dignidad por los derechos y el ius constitutionale commune" en FERRI BAZZANES, Anna (Ed.) - FERRI BAZZANES, Anna y MERALDI ANTONIAZZI, Maria (Coord.) *La Constitución en América Latina: temas, problemáticas y desafíos*, Nueva D. C., México: Sistema de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 11 - 34 p. 17.

[123] FERRI BAZZANES, Anna (2014). "La Constitución como fundamento. Una reflexión conceptual" en FERRI BAZZANES, Anna (Ed.) - FERRI BAZZANES, Anna y MERALDI ANTONIAZZI, Maria (Coord.) *La Constitución en América Latina: temas, problemáticas y desafíos*, Nueva D. C., México: Sistema de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 13 p. 11.

[124] FERRI BAZZANES, Anna (2014). "La Constitución como fundamento. Una reflexión conceptual" en FERRI BAZZANES, Anna (Ed.) - FERRI BAZZANES, Anna y MERALDI ANTONIAZZI, Maria (Coord.) *La Constitución en América Latina: temas, problemáticas y desafíos*, Nueva D. C., México: Sistema de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 13 p. 11 y 11.

[125] ARANGO, Rodrigo (2014). "Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina: Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" en FERRI BAZZANES, Anna (Ed.) - FERRI BAZZANES, Anna y MERALDI ANTONIAZZI, Maria (Coord.) *La Constitución en América Latina: temas, problemáticas y desafíos*, Nueva D. C., México: Sistema de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 21 - 46 p. 27.

[126] FERRI BAZZANES, Anna (2014). "La Constitución como fundamento. Una reflexión conceptual" en FERRI BAZZANES, Anna (Ed.)

ducido el sistema interamericano de protección en torno de esos tres ejes.¹⁴⁴

Dentro de este esquema, se resalta la importancia del binomio inescindible de democracia y derechos humanos, los cuales se condicionan mutuamente,¹⁴⁵ debiéndose recalcar que esta interdependencia entre ambos elementos de la fórmula se manifiesta en el hecho de que "la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas" y, a su vez, aquella se constituye en una "garantía institucional" de los derechos humanos. Siguiendo en esta línea, podemos dar un paso más y decir que el vínculo entre democracia y derechos humanos no es meramente contingente, sino necesario.¹⁴⁶

Incluso la propia Corte Interamericana ha reconocido la mentada vinculación, al destacar que "[E]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".¹⁴⁷

Asimismo, además de los principios básicos de este incipiente *corpusiusfundamental* regional, la doctrina especializada ha trazado sus objetivos, siendo uno de ellos, precisamente, avanzar en el respecto y en la consolidación de aquellos principios. Los otros objetivos se enderezan a desarrollar instituciones internacionales eficaces y legítimas y a desarrollar el denominado "Estado abierto".¹⁴⁸

Este último ha sido considerado el objetivo clave del *ius constitutionalecommune*, y se ha afirmado, al respecto, que el proceso de apertura del Estado se ha caracterizado, en América Latina, por el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y por el fenómeno de la internacionalización, entendida como humanización.¹⁴⁹ De la descripción del pluralismo normativo nos ocuparemos líneas más abajo, mientras que, acerca de la internacionalización en clave de humanización, podemos decir que se trata de un fenómeno marcado por la asignación de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y, además, por la interpretación "conforme" de los derechos fundamentales

144 FERRI HERRERA y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.) *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 15, p. 8.

145 PONSAN, Hugo (2014): "Las interrelaciones entre latinoamericanas en derechos humanos e impulso del sistema interamericano: particularidades y desafíos" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 - 84, p. 61.

146 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La 'asignación americana' de los derechos humanos: hacia los tres ejes" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 474 - 500, p. 487-490.

147 SALAZAR UGARTE, Pablo (2014): "La disputa por los derechos y el *ius constitutionalecommune*" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 37 - 38, p. 37.

148 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, El habeas corpus bajo suspension de garantías (Arts. 27.2, 28.1 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (30 de enero de 2002) http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/oc17_02.asp.pdf (fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017), para 26.

Ver también y citando por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La 'asignación americana' de los derechos humanos: hacia los tres ejes" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 491 - 500, p. 497.

149 VON BÜGGENDORF, Álvaro (2014): "Las Constituciones Continentales Latinoamericanas: Una selección conceptual" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 14, p. 8.

150 MORALES ANTONIAZZI, María (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionalecommune*: Aproximación desde el impulso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BÜGGENDORF, Álvaro; FID - FERRI, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coord.), *Las Constituciones Continentales en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*, México D. F., México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 167 - 206, p. 203 y 204.

constitucionales con el derecho internacional de los derechos humanos.²⁶¹

Por otro lado, también se señalan tres conceptos fundamentales que explicarían el *ius constitutionale commune*, a saber: el diálogo jurisprudencial, la inclusión y el pluralismo normativo.²⁶²

El primero de ellos hace referencia, como se dijo, al diálogo entre tribunales, y refiere, fundamentalmente, al diálogo entre la jurisdicción interamericana y las jurisdicciones internas,²⁶³ ya que la "viva interacción" que se está produciendo entre ellas está generando el *ius commune*.²⁶⁴ Este fenómeno, asimismo, permite que la decisión que se tome en el ámbito de una jurisdicción doméstica, aun cuando se trate de una Corte Suprema, podrá ser revisada por la Corte Interamericana, y, del mismo modo, una sentencia de esta última podrá ser rechazada por un tribunal nacional. Esto se resume, al decir de Von Bogdandy, en que, en el contexto actual, ya no hay "últimas palabras".²⁶⁵

Este diálogo también opera como uno de los "puentes" que hacen factible la recepción de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito doméstico.²⁶⁶

Yendo ahora al concepto de inclusión, se ha explicado que ella abarca a todos los grandes sistemas sociales, tales como la salud, la educación, el sistema económico y laboral, y, además, el político, lo cual lleva a que esta noción de inclusión abra una nueva perspectiva para la democracia, no sólo a nivel interno, sino también internacional. Justamente, dentro de este esquema, este nuevo derecho público para América Latina debe combatir la exclusión.²⁶⁷

Nos queda ahora tratar el tercero de los conceptos fundamentales del nuevo derecho común regional, el del "pluralismo normativo". En este orden, se recuerda que, tradicionalmente, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno fue explicada desde dos perspectivas teóricas, el monismo y el dualismo.²⁶⁸

261 MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (2014): "El Estado interno como objeto del ius constitucional común: Aproximación desde el estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 261 - 296, p. 267.

262 IVÁN BOGDANDY, Andrés (2014): "Los Constitucionales Comunes: aproximación conceptual. Una reflexión introductoria" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 23, p. 14.

263 IVÁN BOGDANDY, Andrés (2014): "Los Constitucionales Comunes: aproximación conceptual. Una reflexión introductoria" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 23, p. 14.

264 MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (2014): "El Estado interno como objeto del ius constitucional común: Aproximación desde el estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 261 - 296, p. 277.

265 VON BOGDANDY, Andrés (2014): "Los Constitucionales Comunes: aproximación conceptual. Una reflexión introductoria" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 23, p. 14 y 17.

266 MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (2014): "El Estado interno como objeto del ius constitucional común: Aproximación desde el estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 261 - 296, p. 280.

267 VON BOGDANDY, Andrés (2014): "Los Constitucionales Comunes: aproximación conceptual. Una reflexión introductoria" en IVÁN BOGDANDY, Andrés FIDEL - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAGUI, Ricardo (coords.), *Los Constitucionales Comunes en América Latina: reglas, particularidades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 1 - 23, p. 13 y 14.

268 KANTOUCZ TYMBORCZYK, Paweł (2004): "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho

No obstante, se hace notar que el hecho de que en la actualidad se siga abordando la cuestión desde las mismas perspectivas está trayendo dificultades, ya que tanto el monismo como el dualismo aparecen como insuficientes en tal sentido, al no poder ofrecer una explicación plausible del nuevo fenómeno del derecho constitucional común latinoamericano.²⁰⁶ En virtud de ello, un sector de la doctrina se ha pronunciado por abandonar ambas teorías en la hora actual, proponiendo, en su lugar, que las nuevas realidades sean estudiadas a la luz de la teoría del pluralismo jurídico.²⁰⁷

Esta teoría del pluralismo jurídico establece que entre el derecho internacional y el derecho interno existe una interacción tal, que permite sustentar la existencia de obligaciones internacionales que vinculan directamente a las autoridades nacionales, a la vez que reconoce que el “acoplamiento” de esas obligaciones al derecho interno es determinado por esas mismas autoridades nacionales.²⁰⁸ En definitiva, se abandona la idea del Estado cerrado y del carácter omnicompreensivo del derecho constitucional nacional, dando paso a un nuevo panorama en donde la Constitución no es la única norma suprema, sino que comparte la primacía con otras disposiciones.²⁰⁹

A su vez, se ha encontrado el fundamento constitucional de este nuevo fenómeno en las denominadas “cláusulas de apertura” de las leyes fundamentales sudamericanas, caracterizándose los ordenamientos jurídicos de esa parte del orbe por su “permeabilidad”. Esta nueva configuración es estudiada bajo el prisma de lo que se denomina “sistema jurídico plural”, en el cual se entremezclan normas y principios de raigambre nacional e internacional, aunque de manera horizontal.²¹⁰

En definitiva, a modo de síntesis, puede afirmarse que, al menos en el campo de la protección de los derechos humanos, el debate entre monistas y dualistas, surgido para explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, es actualmente infructuoso, siendo sustituido el arsenal teórico de aquellas teorías por las nuevas

206) *national*” en HERIBERTO GRIJALBA, *Estado (constr.) Derechos personal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Norma, pp. 167 – 212, p. 181.

207) VON BOGDANSKY, Alexis (2014): “La Constitución/Constitución latinoamericana: Una situación conceptual” en VON BOGDANSKY, Alexis (19) – FERRER HERRERA y MORALES ANTONIAZZI, María (coneds.) *Los Constitucionalismos/Constituciones en América Latina: orígenes, particularidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 – 23, p. 14 y 17.

208) Se trata de que el monismo y el dualismo son teorías que no pueden explican en términos acotados como el concepto de permeabilidad y en este orden, se ha buscado la manera viable de una conceptualización que consiste en que, por un lado, el derecho interno tiene un espacio en el ámbito internacional y los Estados los pueden tener disposiciones de su derecho interno para cumplir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, mientras que, por el otro, la integración del derecho interno con el derecho internacional se realiza al lugar que le da la Constitución de cada Estado (GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2014): “El control de constitucionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en HERIBERTO GRIJALBA, *Estado (constr.) Derechos personal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Norma, pp. 167 – 212, p. 181).

209) VON BOGDANSKY, Alexis (2014): “La Constitución/Constitución latinoamericana: Una situación conceptual” en VON BOGDANSKY, Alexis (19) – FERRER HERRERA y MORALES ANTONIAZZI, María (coneds.) *Los Constitucionalismos/Constituciones en América Latina: orígenes, particularidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 – 23, p. 17 y 20 y GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2014): “El control de constitucionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en HERIBERTO GRIJALBA, *Estado (constr.) Derechos personal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Norma, pp. 167 – 212, p. 20.

210) GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2014): “El control de constitucionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en HERIBERTO GRIJALBA, *Estado (constr.) Derechos personal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Norma, pp. 167 – 212, p. 20.

211) MORALES ANTONIAZZI, María (2014): “El Estado abierto como objetivo del los constitucionalismos/constituciones: Aproximación desde el impacto de la Carta Internacional de Derechos Humanos” en VON BOGDANSKY, Alexis (19) – FERRER HERRERA y MORALES ANTONIAZZI, María (coneds.) *Los Constitucionalismos/Constituciones en América Latina: orígenes, particularidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 26 – 28, p. 26 y 27.

212) MORALES ANTONIAZZI, María (2014): “El Estado abierto como objetivo del los constitucionalismos/constituciones: Aproximación desde el impacto de la Carta Internacional de Derechos Humanos” en VON BOGDANSKY, Alexis (19) – FERRER HERRERA y MORALES ANTONIAZZI, María (coneds.) *Los Constitucionalismos/Constituciones en América Latina: orígenes, particularidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 26 – 28, p. 26, 27 y 27.

herramientas de análisis del pluralismo normativo, que parte de la coexistencia separada pero interdependiente de los ordenamientos internacional e interno, sin reconocer ordenación jerárquica entre sus respectivas normas fundacionales.²⁷¹

Todo esto da como resultado la consolidación de un constitucionalismo regional que tendría dos bases de apoyo: una de ellas estaría en la Convención Americana, a modo de Constitución latinoamericana, y en los demás instrumentos del sistema interamericano, así como también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana mientras que la otra base estaría en las propias disposiciones de apertura de las Constituciones de los países de la región.²⁷⁴

2. El bloque de constitucionalidad en el *jus commune*

La doctrina del bloque de constitucionalidad aborda la temática del reconocimiento de jerarquía constitucional a normas que no forman parte de la Constitución Nacional, a fin de interpretarlas sistemáticamente con esta última²⁷⁵.

En esta región, dicha doctrina ha tomado fuerza con una fisonomía particular, ya que, en la mayoría de los países de Latinoamérica, se les concede a los instrumentos internacionales de derechos humanos un estatus especial, como mínimo de jerarquía supra legal, ya sea por vía de cláusulas expresas de apertura previstas en la propia Constitución Nacional, como por vía de interpretación jurisprudencial.²⁷⁶

De esta manera, se ha entendido que esta peculiar conformación que adquiere la doctrina del bloque de constitucionalidad en los países de América Latina contribuye en gran medida a la configuración del *jus constitutionale commune* regional, ya que, por ese medio, se logra la convergencia de estándares normativos comunes en derechos humanos.²⁷⁷

De todos modos, para la construcción del *jus commune* es imprescindible el tendido de "puentes" entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, y entre esos puentes destaca, justamente, el "puente constitucional". En razón de ello, ha sido sumamente relevante el fenómeno de las reformas constitucionales que se produ-

[1] MORALES ANTONIAZZI, María (2014) "El Estado de derecho como objetivo del *jus constitutionale commune*: Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 83 - 124 y 175.

[2] MORALES ANTONIAZZI, María (2014) "El Estado de derecho como objetivo del *jus constitutionale commune*: Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 83 - 124 y 175 y 176.

[3] CARRASERA MORA, Manuel Eduardo (2014) "La dilatación del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *jus constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 408 - 500 p. 491.

[4] CARRASERA MORA, Manuel Eduardo (2014) "La dilatación del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *jus constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 408 - 500 p. 491 y 502.

[5] CARRASERA MORA, Manuel Eduardo (2014) "La dilatación del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *jus constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 408 - 500 p. 491 y 502.

[6] CARRASERA MORA, Manuel Eduardo (2014) "La dilatación del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *jus constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANSKI, Ariana ED. - FERRER, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.) *Las Constituciones Comunes en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 408 - 500 p. 491 y 502.

ción de los ya mencionados estándares comunes en materia de derechos humanos.²²¹

Ya hemos mencionado más arriba que, a los fines de erigir este *jus commune*, se ha sostenido la necesidad del tendido de "puentes" entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, siendo el control de convencionalidad, precisamente, uno de esos puentes.²²²

4. ¿Puede considerarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un Tribunal Constitucional?

Las implicancias que trae aparejada la idea de la existencia y desarrollo de un *jus constitucional commune* en la región, justifican plenamente el planteamiento y la profundización de este interrogante. En efecto, si esta idea supone asimilar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos a un sistema constitucional, se pensó que, en ese mismo temperamento, cabía la posibilidad de considerar a la Corte Interamericana como un tribunal constitucional, también por vía de analogía.²²³

En este sentido, se ha intentado el cotejo escogiendo un criterio funcional, es decir, se pretende llegar a determinar si el Alto Tribunal de la región realiza las tres funciones básicas que se le atribuyen a todo tribunal constitucional, cuales serían la de control de constitucionalidad de las leyes y actos, la de arbitrar en materia de conflictos de competencia entre los órganos de gobierno, y la de fiscalizar el respeto de los derechos fundamentales consagrados en las cartas constitucionales, esta última, de acuerdo a los procedimientos que se prevían en cada ordenamiento estatal.²²⁴

Desde esta perspectiva, en lo que hace al parangón con la función de control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales, se destaca que la Corte Interamericana ha desarrollado una audaz jurisprudencia que la lleva a analizar *in abstracto* la convencionalidad de la norma cuestionada, aun cuando el ejercicio de su competencia contenciosa exija la presencia de una víctima que haya padecido con la aplicación de aquella.²²⁵

Para ilustrar esto, se cita el caso de los precedentes que invariablemente declararon la inconvencionalidad, *per se*, de las leyes de amnistía de los delitos de lesa humanidad, poniéndose de relieve que, al actuar así, la Corte se asemeja a un tribunal constitucional, contrastando una ley nacional con los valores supremos del ordenamiento constitucional.²²⁶

221 FERRERÍA CÁDIZ, María (2014) "Tribunales y control de convencionalidad: quetiones de la Corte Interamericana en la materia de los derechos fundamentales en América Latina (I)", en FERRERÍA CÁDIZ (coord.) *Derecho general constitucional internacional. Estudios en torno al derecho interno y al derecho internacional*, México D.F., México, Perla, pp. 271 - 294 p. 273.

222 MORALES ANTONIARZ, María (2014) "El control de la constitucionalidad en el sistema interamericano: Aproximación desde el respeto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en YIP SOLOMON, susana FOX - FERRERÍA CÁDIZ y MORALES ANTONIARZ, María (coord.) *Los Constitucionales comunes en América Latina: reglas, prioridades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 307 - 294 p. 290.

223 PERALTA LARSEN, Susana (2014) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en MÓN BOKCHENT, Anne YIP - FERRERÍA CÁDIZ y MORALES ANTONIARZ, María (coord.) *Los Constitucionales comunes en América Latina: reglas, prioridades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 432 p. 421.

224 PERALTA LARSEN, Susana (2014) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en MÓN BOKCHENT, Anne YIP - FERRERÍA CÁDIZ y MORALES ANTONIARZ, María (coord.) *Los Constitucionales comunes en América Latina: reglas, prioridades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 432 p. 421.

225 PERALTA LARSEN, Susana (2014) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en MÓN BOKCHENT, Anne YIP - FERRERÍA CÁDIZ y MORALES ANTONIARZ, María (coord.) *Los Constitucionales comunes en América Latina: reglas, prioridades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 432 p. 421.

226 PERALTA LARSEN, Susana (2014) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en MÓN BOKCHENT, Anne YIP - FERRERÍA CÁDIZ y MORALES ANTONIARZ, María (coord.) *Los Constitucionales comunes en América Latina: reglas, prioridades y desafíos*, México D.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 432 p. 421.

No obstante, según el autor citado, el punto de acercamiento más relevante estaría dado por el hecho de que la tarea más importante de la Corte Interamericana “consiste en interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana y los demás tratados bajo su competencia”, siendo esta la función más importante a la hora de establecer la asimilación del Alto Tribunal regional con un tribunal constitucional.²²¹

Así y todo, más allá del análisis de asimilación basado en los cometidos funcionales, resulta importante que, a los efectos de defender la identificación de la Corte Interamericana con un tribunal constitucional, la doctrina especializada pone de relieve que la primera tiene una vocación institucional que se inclina a las grandes definiciones.²²²

Desde este último punto de vista, vale destacar que los autores que se enrolan en la tesis de este apartado, encuentran la semejanza con los tribunales constitucionales en las propias características de la Corte Interamericana, ya que esta es una Corte predominantemente reguladora, en el sentido de que no se concentra en litigios individuales, sino que avanza hacia “definiciones continentales”.²²³ Por ello, se ha dicho que el Alto Tribunal regional ha asumido un papel de “lawmaker”, desarrollando, con su jurisprudencia, “un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción”.²²⁴

5. La *res interpretata* y el *ius commune*

Autorizada doctrina del derecho procesal constitucional transnacional, al analizar los efectos de los pronunciamientos dictados en sede internacional, advierte que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana despliegan sus efectos de cosa juzgada internacional en dos dimensiones, una subjetiva y directa, y otra objetiva e indirecta.²²⁵

En el primer caso, se trataría del clásico efecto *inter partes* de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, lo cual, trasladado al ámbito regional, implica que lo resuelto en la sentencia obliga a las partes de la controversia concreta, alcanzando la eventual condena al Estado demandado en el caso sometido al Tribunal. Esta consecuencia está prevista en los artículos 67 y 68.1 de la Convención.²²⁶

En el segundo supuesto, en cambio, estamos ante la denominada eficacia *ergo omnes* de la sentencia de la Corte, lo que significa que lo resuelto en aquella vincula a todos los Estados partes de la Convención. De este modo, todos los Estados que forman parte

destinos. México D. F., México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 437, p. 446.

221 RUIZGORGUJO LARÓN, Lorenzo (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional” en VON BOGDANSKY, Armin, DE - FERRER MAC GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariana (coords.), *Los Constitucionalismos Continentales en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D. F., México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 437, p. 441.

222 GARCÍA RAMÍREZ, Jorge (2014). “La ‘supremacía americana’ de los derechos humanos: hacia los ‘continentales’” en VON BOGDANSKY, Armin, DE - FERRER MAC GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariana (coords.), *Los Constitucionalismos Continentales en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D. F., México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 439 - 500, p. 470.

223 GARCÍA RAMÍREZ, Jorge (2014). “La ‘supremacía americana’ de los derechos humanos: hacia los ‘continentales’” en VON BOGDANSKY, Armin, DE - FERRER MAC GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariana (coords.), *Los Constitucionalismos Continentales en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D. F., México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 439 - 500, p. 470.

224 VON BOGDANSKY, Armin (2014). “Los Constitucionalismos Continentales latinoamericanos: Una solución conceptual” en VON BOGDANSKY, Armin, DE - FERRER MAC GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariana (coords.), *Los Constitucionalismos Continentales en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D. F., México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23, p. 11.

225 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2010). *Fundamentos del derecho procesal constitucional y constitucional*. Madrid, España, Marcial Pons, p. 1031.

226 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2010). *Fundamentos del derecho procesal constitucional y constitucional*. Madrid, España, Marcial Pons, p. 1033 y 1034. *It is not, of the Part of the Holy of the Court is established in the case that is presented, that “the talk of the Court will be definitive and irrevocable” (it is, of it, but as part of the process) (quoting: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso y en sus partes”*

Todo ello decantó en una teoría que postula, en apretada síntesis, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sería la Constitución latinoamericana,²⁴³ a la que se sumarían varios protocolos y convenciones especiales del sistema interamericano, a más de la jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana,²⁴⁴ en una suerte de “bloque de convencionalidad”.²⁴⁵

Esta idea novedosa trascendió, incluso, el ámbito académico, al punto que uno de los más destacados magistrados del Alto Tribunal regional afirmó, en uno de sus votos razonados, que en nuestra América se “está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”.²⁴⁶

De este modo, se puede observar que el análisis de esta nueva teoría resulta trascendente para el estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional, por cuanto la pretensión de uniformidad que trae aparejada la tesis de un derecho constitucional común para toda la región, debería echar por tierra la posibilidad de conceder algún espacio de discrecionalidad a las autoridades nacionales para formular sus propios entendimientos acerca de los parámetros contenidos en los tratados del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Esto último es así, ya que no solo nos encontraríamos con un corpus positivo de nivel regional, sino que, además, la propia interpretación relevante de aquel sería la establecida por la Corte Interamericana (*res interpretata*), lo que llevaría a la conclusión de que tanto la Constitución “formal” americana, como la “material”, estarían forjadas en sede interamericana.

No obstante, como en todo esquema teórico (relativamente) incipiente, hay aspectos del *ius commune* que no han sido suficientemente precisados, y un repaso algo minucioso de lo que se ha dicho y especulado al respecto, demuestra que no hay un acuerdo acabado acerca de la extensión y de los caracteres básicos del nuevo fenómeno, y que, tal vez, sea demasiado pronto para poder hablar de la existencia de una “Constitución” o de un “derecho constitucional” americanos.

En este sentido, se ha visto, líneas más arriba, que hay institutos o conceptos que son muy apreciados por los sostenedores de la teoría del derecho constitucional común interamericano, siendo uno de ellos el control de convencionalidad. Este último podría ser, quizás, el más importante, ya que conduciría a “una visión homogénea en materia de derechos fundamentales”,²⁴⁷ y, de ese modo, se concretaría la “unificación nacional en la

243 MORALES ANTONIAZZI, María (2014). “El Estado abierto como objetivo del *ius constitucionalismo americano*. Aproximación desde el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOWDANOWE, Ariana YIX - (HERBES) Victor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.), *Los Constitucionalismos americanos en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México (C.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 285 - 298 p. 277 y 278.

244 GARCÍA RAMÍREZ, Jorge (2014). “La ‘huacajonera americana’ de los derechos humanos: hacia su los comensal” en VON BOWDANOWE, Ariana YIX - (HERBES) Victor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.), *Los Constitucionalismos americanos en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México (C.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 435 - 380 p. 407 y 408.

245 RUIZ-ARCE, LARSEN, Lorence (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional” en VON BOWDANOWE, Ariana YIX - (HERBES) Victor y MORALES ANTONIAZZI, María (coords.), *Los Constitucionalismos americanos en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México (C.F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 421 - 437 p. 441.

246 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ortega y Gaitán* (Supleniente de Compromiso de Responsabilidad) (21 de marzo de 2013) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/resumen/30_30_13.pdf) (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2017). Véase también del Justo Torres, *Más que un país*, p. 100.

247 SACCHIS, Néstor Pedro (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista del Instituto Costarricense de Jurisprudencia (CJOCJ)* n° 11. Vol. 10, pp. 117 - 118. http://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/resumen/30_30_13.pdf (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017). p. 119.

interpretación".²⁴⁸

Sin embargo, hay quienes vinculan al control de convencionalidad con la noción de "diálogo jurisprudencial" y de "pluralismo normativo", y concluyen, así, en que el primero no puede ser visto como una herramienta que busque imponer a los países del sistema una visión homogénea en materia de derechos humanos. Como corolario de este punto de vista, los Estados del sistema conservarían la potestad de establecer criterios más protectores que los previstos en el *corpus iuris* interamericano, convirtiéndose este último en un derecho de mínimos.²⁴⁹

Otro disenso de relevancia puede encontrarse en torno a otro de los conceptos basales del *jus commune* latinoamericano, como el del diálogo jurisprudencial.

En efecto, una tesis coherente con la idea de un derecho constitucional común americano, tal como fue sintetizada líneas más arriba, es la que plantea Sagüés, para quien las Cortes Supremas de los Estados partes del sistema habrían dejado de ser "supremas", al menos en lo que hace a los asuntos del derecho internacional de los derechos humanos. En este esquema, la jurisdicción interamericana tendría primacía y estaría por encima de la jurisdicción doméstica, siguiéndose de este orden de jerarquía que la primera tiene la potestad de invalidar las decisiones de la segunda.²⁵⁰

Sin embargo, desde el prisma conceptual del diálogo entre jurisdicciones, ya no habría "últimas palabras", lo que significa que, del mismo modo en que la Corte Interamericana puede controlar lo decidido por un tribunal supremo doméstico, también éste podrá rechazar un fallo de aquella o negarse a su implementación.²⁵¹

Algo similar ocurre, a su vez, con el concepto de pluralismo normativo, considerado también esencial para la teoría del *jus constitutioale commune* latinoamericano. Para entender esta otra paradoja, cabe anticipar que la teoría explicativa de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional que sirve de apoyo a la recién mencionada tesis de Sagüés sobre la primacía de la jurisdicción interamericana, no puede ser otra que la del monismo internacionalista.²⁵²

No obstante, se ha señalado que en el ámbito del *jus commune* latinoamericano, las mentadas relaciones entre el derecho interno y el internacional no se explican en los términos de la clásica oposición entre dualismo y monismo, sino que se abordan desde la nueva tesis del pluralismo jurídico.²⁵³

248 CABALLA RAMÍREZ, Sergio (2014) "La 'investigación convencional' de los derechos humanos bajo el *jus commune*" en YON BORGESON, Anaes (ED.) FERRAZ, Héctor y MORALES ANTONIOZ, María (coords.) *Jus constitutioale commune en América Latina: reglas, procedimientos y desafíos*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 491 - 500 p. 491.

249 FERRAZ MAC GREGOR, Eduardo (2006) "Diálogo judicial y control de convención: algunas reflexiones de la Corte Interamericana en la construcción de un *jus constitutioale commune* para América Latina (I.I.I.I.I.)" en FERRAZ MAC GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho personal constitucional internacional: Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México D.F., México: Porrúa, pp. 277 - 298, p. 283 y 284.

250 SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006) *La interpretación judicial de la constitución* (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis, p. 227.

251 YON BORGESON, Anaes (2014) "El *Jus Constitutioale Commune* latinoamericano: Una cultura interpretada" en YON BORGESON, Anaes (ED.) FERRAZ, Héctor y MORALES ANTONIOZ, María (coords.) *Jus constitutioale commune en América Latina: reglas, procedimientos y desafíos*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 1 - 21, p. 14 y 15.

252 SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006) *La interpretación judicial de la constitución* (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis, p. 227.

253 GONZÁLEZ ENRINDEZ, Jairo (2014) "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional" en FERRAZ MAC GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho personal constitucional internacional: Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México D.F., México: Porrúa, pp. 187 - 203, p. 191.

que lo hagan para dar lugar a una interpretación más favorable del derecho en cuestión.²⁹⁸

Con todo, quizás el aspecto de la nueva doctrina del *ius constitutionale commune* que presenta más dudas sea el institucional, y ponemos aquí el acento, por cuanto, como se expuso supra, algunos autores han avanzado en la exposición de una especie de nueva institucionalidad americana, al asimilar a la Corte de San José con un tribunal constitucional.

En este sentido, como pudo verse, uno de los objetivos que persigue aquel *ius commune* es "lograr instituciones internacionales fuertes, eficientes y legítimas", en el entendimiento de que los principios fundamentales del nuevo derecho público necesitan, para su mejor desarrollo, de instituciones situadas más allá del Estado.²⁹⁹

No obstante, no se las concibe como las instituciones de un "Estado en formación", en tanto los defensores del *ius constitutionale commune* no están pensando en la idea de un "Estado global" o "regional". La diversidad y la complejidad del continente no permiten proyectar semejante empresa y, además, nadie considera que el Estado nacional deba desaparecer.³⁰⁰

Dentro de este esquema, la tesis que le reserva a la Corte Interamericana el estatus institucional de un tribunal constitucional, guardián de la Constitución Latinoamericana, que sería el Pacto de San José de Costa Rica, no puede ser aceptada sin reparos. Mucho menos si se tiene en cuenta la realidad europea y el análisis que de ella hacen los doctrinarios que estudian el sistema de protección del viejo continente.

En efecto, García Roca ha entendido que las similitudes entre un tribunal constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es grande, más advierte que sería un error confundirlos.³⁰¹

No escapa a la consideración de este autor que el Tribunal Europeo no es un tribunal internacional más, y que estaría en algún punto entre estos últimos y el tribunal constitucional que no alcanza a ser. Ello así, ya que, al realizar interpretaciones constitucionales, ponderar derechos e intereses en conflicto, y construir, de ese modo, las "subnormas" que se suman a las del Convenio, estaría actuando, de hecho, como un tribunal constitucional.³⁰²

No obstante, la naturaleza de su jurisdicción, el reducido arsenal de instrumentos procesales de que dispone y, fundamentalmente, el hecho de que opera bajo la lógica del principio de subsidiariedad, hacen que el Tribunal de Estrasburgo no pueda ser considerado, sin más, como el tribunal constitucional de Europa.³⁰³

298 FERRER MAC GRIFFIN, Eduardo (2011). *Principios de derecho general constitucional y convencional*. Madrid, España: Marcial Pons, p. 190.

299 ISEN BERZANDE, Ariel (2014). "La Convencionalidad Internacional latinoamericana. Una abstracción conceptual" en ISEN BERZANDE, Ariel (2014) - ISENBERG, Néstor y WERMELIN SUTOWSKI, María (coord.), *La Convencionalidad Internacional en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 23, p. 11.

300 ISEN BERZANDE, Ariel (2014). "La Convencionalidad Internacional latinoamericana. Una abstracción conceptual" en ISEN BERZANDE, Ariel (2014) - ISENBERG, Néstor y WERMELIN SUTOWSKI, María (coord.), *La Convencionalidad Internacional en América Latina: rasgos, particularidades y desafíos*. México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 7 - 23, p. 12.

301 GARCÍA ROCA, José (2005). "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: relevancia e importancia". *Cuadernos de Derecho*, Doylos, Valencia: España, p. 239.

302 GARCÍA ROCA, José (2005). "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: relevancia e importancia". *Cuadernos de Derecho*, Doylos, Valencia: España, p. 239-239, p. 241.

303 GARCÍA ROCA, José (2005). "El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: relevancia e

Y si esto es así para el sistema europeo, otro tanto puede predicarse del sistema interamericano, debido a las similitudes estructurales que existen entre ambos, con lo que, en última instancia, siguen en pie los interrogantes que nacen en torno a las pretensiones de una nueva institucionalidad latinoamericana, llevada al extremo de equiparar al tribunal americano con un tribunal constitucional regional.

Así y todo, y retomando la tesis inicial, lo importante de todo esto es que, tomadas en conjunto las objeciones que se han mencionado, se llega a un punto en el que el paso siguiente es, obligadamente, poner en duda, cuanto menos, el propio aserto de la existencia de un *ius constitutionale commune americanum*. Es que en Europa, en donde el proceso de construcción del sistema de protección de los derechos humanos comenzó mucho antes que en América, se sigue advirtiendo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos "no es un único código para una inexistente nación europea",²⁶⁴

De más está decir que el mencionado Convenio Europeo no es un tratado internacional más, ya que tiene el espíritu de una declaración constitucional de derechos y, como tal, su desarrollo, en la actualidad, responde más a principios y criterios de interpretación constitucional que a los tradicionales criterios receptados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De todos modos, la doctrina europea deja en claro que de ningún modo estaríamos ante una auténtica Constitución, debido a que el Convenio Europeo, fundamentalmente, carece de supremacía formal y material.²⁶⁵

Estas mismas consideraciones han tenido repercusión, también, en nuestro continente, y han llevado a destacada doctrina al convencimiento de que, en América Latina, "pensar en un *ius constitutionale commune* no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desideratum". En efecto, desde este punto de vista, la ausencia de un texto que pueda catalogarse de Constitución regional y la carencia de realidades y aspiraciones comunes, demuestran que Latinoamérica adolece de "una matriz constitucional común".²⁶⁶

En sentido muy similar, García Roca opina que la Alta Corte de Estrasburgo no alcanzará a ser un tribunal constitucional europeo, precisamente porque "no existe un Estado ni una Constitución ni un pueblo europeos".²⁶⁷

Como corolario, pues, de lo anterior, en América Latina, al igual que en Europa, resulta problemática la afirmación de la existencia de un *ius constitutionale commune*, a menos que se termine por reducir esta expresión, como lo ha hecho destacada doctrina, a un punto tal que se la identifique con un derecho de mínimos en materia de derechos humanos.²⁶⁸

integración Caso México (Norzúa), *Equipo Titular* Buenos p. 217 y 218.

264 GARCÍA ROCA, Javier (2007) La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía, integración, Tercer y cuarto constitucional nº 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=303940>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 134.

265 GARCÍA ROCA, Javier (2007) La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía, integración, Tercer y cuarto constitucional nº 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=303940>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 124 y GARCÍA ROCA, Javier (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía, integración. *Caso México (Norzúa)*, *Equipo Titular* Buenos p. 214 y 216.

266 GARCÍA RILMUNDO, Domingo (2016) "El control de constitucionalidad y sus problemas" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.) *Orbita global constitucional transnacional: Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México D. F., México: Porrua, pp. 111 - 144, p. 141.

267 GARCÍA ROCA, Javier (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Caso México (Norzúa)*, *Equipo Titular* Buenos p. 216.

268 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016) "Trabajo judicial y control de constitucionalidad: aproximación de la Corte Interamericana y la constitución de un *ius constitutionale commune* por América Latina (I.C.A.M)" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.) *Orbita global constitucional*

En definitiva, de una u otra forma, el resultado es el mismo, ya que las enunciaciones de principios contenidas en la Convención Americana y en el resto de los instrumentos del sistema interamericano deberán ser completadas por las autoridades nacionales, quienes deberán desarrollar la correspondiente disciplina reglamentaria.

En este contexto, fácil es advertir que, independientemente de que se siga usando o no la noción del *jus constitutionale commune*, el margen de apreciación nacional de los Estados americanos seguirá vigente, y su expansión o retracción, al igual que como ha sido hasta ahora, dependerá del ámbito en que se ejerza y de las circunstancias económicas, políticas, sociales, etc., comprometidas en el caso.

V. Conclusiones

La doctrina del margen de apreciación nacional, que puede entenderse como aquel espacio de discreción que los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos reconocen a las autoridades nacionales para la disciplina de los derechos contenidos en el Convenio de que se trate, se nos presenta como la otra cara de la moneda del control de convencionalidad.

Ella así, ya que la tendencia a la construcción de estándares regionales que surge a partir de este último instituto y de su emergente, *res interpretata*, resulta contrarrestada, en cierto modo, por el reconocimiento de la diversidad que implica la invocación de aquella doctrina.

No obstante, lo difuso de la teoría del margen de apreciación y lo impreciso de sus contornos, llevan a que haya cosechado críticas desde sectores de la doctrina y de la jurisprudencia, ya que se teme que su uso indiscriminado pueda poner en peligro la esencia misma de los derechos reconocidos en el instrumento internacional de que se trate.

Así y todo, aun las posturas más refractarias a su admisión, terminan por reconocer que se trata de una institución necesaria, en atención a la evidente falta de consenso acerca del contenido de ciertos derechos fundamentales y de la forma de solucionar los conflictos interpretativos que ello genera. En definitiva, incluso quienes se han mostrado como sus críticos más acérrimos, admiten que la doctrina del margen forzosamente aparece ante la apuntada diversidad en la región.

En este derrotero, la jurisprudencia interamericana, si bien la ha aplicado, no ha cesado de advertir que esta polémica doctrina tiene unos límites muy estrictos, destacándose, entre ellos, el principio de proporcionalidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha hecho un uso mucho más prolífico de aquella, en vista de las profundas diferencias culturales que existen entre las naciones del Viejo Continente.

En esta parte del mundo, sin embargo, una incipiente tendencia política, con su correlato teórico jurídico, parecería poner coto al margen de apreciación de las naciones americanas. Así, la afirmación de la gestación de un derecho constitucional común latinoamericano, implicaría la expansión del control de convencionalidad y el fortalecimiento de sus tendencias uniformantes.

Esto último implicaría, forzosamente, una reducción, o incluso, quizás, la desaparición del espacio de discreción de las autoridades nacionales para la configuración de las estructuras reglamentarias de los derechos convencionales.

Más esta entelequia de un derecho constitucional común para América Latina, no pasa de ser una aspiración que no ha conseguido, hasta el momento, una efectiva concreción en la realidad. Serías razones militan en favor de esta última advertencia, tanto políticas como jurídicas, ya que, entre las primeras, se cuenta la ausencia de una matriz cultural común, y, entre las segundas, se ha dado la mayor relevancia al hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede ser asimilada a un texto constitucional, como así tampoco podría identificarse a la Corte Interamericana con un tribunal constitucional.

Siendo esto así, la doctrina del margen de apreciación nacional va a seguir teniendo reservado un papel relevante en el contexto del control de convencionalidad ejercido por el Tribunal de San José, y su mayor o menor extensión dependerá, como hasta ahora y como siempre, de la naturaleza del derecho en cuestión y de las circunstancias de cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, Rodolfo (2014): "Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FERRÓ, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 25 - 36.
- BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): "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* n° 26, pp. 107 - 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017).
- BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica (2009): "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.org/pdf/iusep/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018).
- BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FERRÓ, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 457.
- CERNA, Christina Mónica (1995): "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-cu-

- turales" en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y GONZALEZ VOLIO, Lorena (comp.): *Estudios Básicos de Derechos Humanos* (vol. 2). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Fundación Mc Arthur - García Hnos., pp. 377 - 396.
- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
 - FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons.
 - FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016): "Diálogo judicial y control de convencionalidad: aportaciones de la Corte Interamericana en la construcción de un ius constitutionale commune para América Latina (JCCAL)" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 277 - 294.
 - GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2016): "El control de convencionalidad y sus problemáticas" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 151 - 184.
 - GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un ius commune" en VON BOGDANDY, Armin; FOX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 - 500.
 - GARCÍA ROCA, Javier (2007): *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20*, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017)
 - GARCÍA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters.
 - GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FOX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500.
 - GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 - 202.
 - JIMENEZ, Eduardo Pablo (2017): "Acerca de las "normativas interconectadas" y la actuación del denominado "margen de apreciación nacional"" en GOZANI, Oswaldo Alfredo (dir.): *Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Derechos y garantías*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 91 - 122.
 - MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, España, Marcial Pons.
 - MIDON, Mario Antonio Roque (2016): *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Argentina, Astrea.
 - MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299.

• NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelios* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACÓSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49.

• PIOVESAN, Flavia (2014): "Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 - 81.

• SAGÜES, Néstor Pedro (2003): "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 - 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018)

• SAGÜES, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis.

• SAGÜES, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH)* n° 1 (Vol. 8), pp. 117 - 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/constitucionales/articled/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• SALAZAR UGARTE, Pedro (2014): "La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 37 - 59.

• VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

Jurisprudencia interamericana:

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 8/87: El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (30 de enero de 1987) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 30/93, Caso 10.804, Ríos Montt, José E. vs. Guatemala (12 de octubre de 1993) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.iii.guatemala10.804.htm>) (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Olmedo Bustos y otros ("La última tenta-

ción de Cristo") vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas (05 de febrero de 2001) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) (Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_107_esp.pdf) (Fecha de consulta: 06 de enero de 2018)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas (29 de noviembre de 2011) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_238_esp.pdf) (Fecha de consulta: 07 de enero de 2018)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (20 de marzo de 2013) (https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf) (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2017)

Jurisprudencia nacional:

• Corte Suprema de Justicia de la Nación: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallos 340:47) (14 de febrero de 2017) (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJP.htm?IdDocumento=7357162&cache=1619221610950>) (Fecha de consulta: 21 de agosto de 2017)