
ARTÍCULOS

MARGEN DE APRECIACIÓN Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿UNA CONCILIACIÓN POSIBLE?*

MARGIN OF APPRECIATION AND CONVENTIONALITY CONTROL: A POSSIBLE CONCILIATION?

Gonzalo AGUILAR CAVALLO**

RESUMEN: Este artículo pretende examinar la interacción entre el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad. Se analiza si el concepto de margen de apreciación justifica apartarse de la jurisprudencia de la Corte IDH o bien, el margen es un complemento del control de convencionalidad que admite restringidamente plantear una solución nacional. Asimismo, se aborda la recepción del margen de apreciación en el ámbito interamericano. Se concluye que el margen complementa el control de convencionalidad siempre que los jueces nacionales consideren el estándar mínimo, las normas de *ius cogens* y el principio *pro homine*. En estos casos, el margen se justificaría en el contexto de un diálogo jurisprudencial y se requeriría argumentar la solución nacional en razones de diversidad cultural o valórica.

Palabras clave: sistemas regionales de protección de los derechos humanos, margen de apreciación nacional, control de convencionalidad, estándar mínimo, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: *This paper aims at examining the interaction between the margin of appreciation and the conventionality control. The author analyzes if the margin of appreciation provides justification for departing from the IACHR case law, or if the margin is complementary to the control of conventionality that restrictively justifies the domestic solution. The paper also deals with the use of the margin within the Inter-American context. One of the main findings is that the margin complements the control of conventionality so long as domestic judges consider the minimum standard, jus cogens and pro homine principle. In these cases, the margin of appreciation could be justified by dialogue between judges, and it would require choosing the national solution because of cultural diversity.*

Keywords: *Regional Systems of Human Rights Protection, Margin of Appreciation, Conventionality Control, Minimum Standard, Inter-American Court of Human Rights.*

* Artículo recibido el 12 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 22 de mayo de 2019.

** ORCID: 0000-0001-9728-6727. Abogado (Chile), doctor en Derecho (España), magister en Relaciones Internacionales (España), master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia), postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derechos Humanos. Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (Chile). Correo electrónico: gaguilar@utalca.cl.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El margen de apreciación: origen y desarrollo*. III. *Sentido y alcance para el sistema interamericano*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) se ha usado la noción de “margen de apreciación nacional” para autorizar una interpretación nacional de los derechos protegidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), distinta a aquella propuesta por la propia Corte, atendiendo un poder de discrecionalidad del órgano interno y en virtud de una deferencia hacia particularismos nacionales, culturales y, especialmente, valóricos. Esta noción ha sido usada en escasas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Un sector de la doctrina pugna por un uso mayor del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esta posición es especialmente interesante en el contexto del control de convencionalidad, debido al margen de apreciación, el poder de discrecionalidad nacional y un deber de deferencia internacional, mostrando a la vez, una autocontención; es un contrapeso relevante ante las exigencias formuladas a las autoridades nacionales, a través del mencionado control, de velar por el respeto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tomando en consideración la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH, como intérprete final.

El margen de apreciación nacional relacionado con el control de convencionalidad suscita una serie de preguntas de investigación, como las siguientes:

¿Pueden los Estados invocar un “margen de apreciación nacional” para reivindicar una aplicación e interpretación propia y diferente de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos de aquella que han efectuado los órganos jurisdiccionales internacionales autorizados por los propios Estados para aplicar e interpretar las referidas normas internacionales? ¿La existencia de un margen de apreciación nacional es una cuestión que decide el tribunal nacional o el tribunal internacional actuando como órgano de control?

¿Cuál es el rol que juegan, en la determinación del margen de apreciación nacional, el juicio de proporcionalidad y la ponderación, respecto del estándar fijado o establecido en una norma internacional de derechos

humanos (esto es desde la óptica del juez internacional quien debe examinar, en el caso concreto, si existe un margen de apreciación para el juez nacional, quien tiene una fuerte raigambre territorial y, por lo tanto, eso le proporcionaría una mayor legitimidad a su decisión)? ¿Cuál es el rol que juega en la determinación del margen de apreciación nacional el principio de discrecionalidad (nacional)?

¿El margen de apreciación nacional operaría en todos los casos o solamente en aquellos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como válida por el juez internacional de control?

La hipótesis inicial de trabajo es la siguiente: si un tribunal interno invoca el margen de apreciación nacional respecto de un potencial control jurisdiccional internacional es porque, al menos, está realizando un control de convencionalidad, ya que estaría aplicando e interpretando las normas contenidas en un tratado internacional de derechos humanos.

Nuestra propuesta consiste en que, el margen de apreciación nacional existe como una manifestación de la aceptación de los particularismos en el ámbito de los derechos humanos. El margen de apreciación nacional implicaría admitir que la interpretación realizada por el Estado, en especial por el juez nacional, se encuentra justificada, es la adecuada para dicha sociedad y, por lo tanto, debe ser respetada por el juez internacional. Con todo, el margen de apreciación nacional encuentra una doble limitación en: *a)* los conceptos de estándares mínimos en materia de derechos humanos, y *b)* en las normas que vinculan al Estado, incluso sin su consentimiento. Respecto de los estándares mínimos en derechos humanos, estos son fijados y actualizados periódicamente por la jurisprudencia internacional, y por el derecho internacional, tanto *hardlaw* como *softlaw*. El margen de apreciación nacional no es un derecho del Estado, y su procedencia debe ser determinada por el juez internacional de control. El margen de apreciación nacional no implica dar carta blanca, sin límites, a las autoridades del Estado para reivindicar una especie de “nacionalismo de los derechos humanos”. El margen de apreciación nacional, por su propia naturaleza, debería ser analizado desde una óptica restrictiva, la cual autorizaría valerse del mismo en situaciones excepcionales y fundadas, generalmente, relacionados con casos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como válida por el juez internacional.

En consecuencia, el objetivo principal de este estudio es analizar los fundamentos en los que se basaría la doctrina del margen de apreciación nacional, determinar cuál es su sentido y alcance, examinar brevemente su origen y aspectos críticos en el ámbito europeo y su recepción en el sistema interamericano.

La metodología que usaremos en este trabajo corresponde al método dogmático jurídico, con base en un análisis documental y, en las secciones que corresponda, recurriremos al método de casos y al comparativo.

El trabajo se encuentra dividido en dos partes. La primera examinará todos los elementos que componen el margen de apreciación nacional, su origen y evolución, y su vinculación con el control de convencionalidad y el principio de proporcionalidad. La segunda parte abordará la recepción y la interconexión del margen de apreciación en el ámbito del sistema interamericano.

II. EL MARGEN DE APRECIACIÓN: ORIGEN Y DESARROLLO

El margen de apreciación nacional es una doctrina de origen pretoriano acuñada en el contexto del sistema europeo de protección de los derechos humanos y fluye, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte EDH (Anrò, 2010; Benavides, 2009). Este es el modo en que habría que comprender el margen o poder de apreciación o discreción que se reivindica, en materia de derechos humanos, en favor de los órganos del Estado, particularmente, de los jueces nacionales. Sin perjuicio de ello, es posible encontrar algunas manifestaciones de este margen de apreciación en la actividad de órganos cuasijurisdiccionales de protección de los derechos humanos, tanto en el nivel de Naciones Unidas como en el nivel regional, así como un muy residual uso de esta noción por la jurisprudencia de la Corte IDH.¹ En este contexto, resulta curioso que autores que pujan por la aplicación de la doc-

¹ Respecto de estos órganos cuasijurisdiccionales de protección de los derechos humanos, cabe tener presente la relevancia que ocupan sus decisiones para los Estados. En este sentido, vale la pena recordar que el Comité de Derechos Humanos sostuvo que sus interpretaciones constituyen una determinación autoritativa de las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “The views of the Committee under the Optional Protocol represents an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Com-

trina del margen de apreciación nacional, al mismo tiempo sostengan que “[u]na simple extrapolación de los avances alcanzados en el ámbito europeo al interamericano no parece razonable en el estado actual del desarrollo de los derechos humanos” (Benavides, 2009: 309). Por su parte, Núñez argumenta que esta falta de profundidad en el uso del margen en el sistema interamericano se podría deber a que “tanto la Corte como la Comisión han sido más activistas que deferentes frente a los ordenamientos internos” (Núñez, 2008: 352). Muy probablemente, todas estas manifestaciones del margen de apreciación han sido estimuladas por la influencia de la jurisprudencia de la Corte EDH. Por esta razón, entendemos que, primeramente, se debe atender al origen y desarrollo de esta doctrina en el contexto europeo, para luego conectarlo con los desarrollos habidos en otros ámbitos, como el interamericano.

En el contexto del Consejo de Europa se ha sostenido que

...el término margen de apreciación se refiere al espacio de maniobra que los órganos de Estrasburgo están dispuestos a conceder a las autoridades nacionales cuando estas autoridades estén cumpliendo con sus obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos. Las bases jurídicas de la doctrina se pueden encontrar en la jurisprudencia, no sólo del Consejo de Estado francés, el cual ha usado el término “margen de apreciación”, sino también en aquella del sistema de derecho administrativo dentro de cada jurisdicción civil (Justus, 2009: 192).²

mittee under both the Covenant and the Optional Protocol” (OHCHR, CCPR/C/GC/33, 2008: párr. 13; Contreras, 2014: 240).

² “The term «margin of appreciation» refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights (the Convention). The legal basis of the doctrine may be found in jurisprudence, not only that of the French Conseil d’État, which has used the term «marge d’appréciation», but also that of the administrative law system within every civil jurisdiction. The most sophisticated and complex doctrines of administrative discretion have been developed in Germany, but the German theory of administrative discretion (Ermessensspielraum) is much narrower than the margin of appreciation as used in the Convention and EC law. At international law level, the first recourse to the margin of appreciation doctrine has occurred in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (the Court). Given the diverse cultural and legal traditions embraced by each Member State, it was difficult to identify uniform European standards of human rights. Therefore, the Convention was envisaged as the lowest common. While the issue of deference to the sovereignty of each Member State continues to be raised, the enforcement of the Strasbourg organs’ undertaking ultimately depends on the good faith and

Completa esta idea indicando que

Su origen (en lo que afecta a su concepción y concepto) no se halla en un plano de derecho internacional público o supranacional, sino que se fundamenta en la jurisprudencia administrativa de los Estados nacionales. Así el “*Conseil d’Etat*” francés, de forma parecida, otorga a las autoridades una libertad de estimación (*pouvoir discrétionnaire*). Similares espacios de libre decisión existen también en la ciencia y praxis jurídica alemanas bajo la forma de ámbitos de valoración (*Beurteilungsspielräumen*), prerrogativas de estimación (*Einschätzungsprärogativen*), potestad discrecional (*Ermessen*), discrecionalidad de valoración (*Beurteilungsermessen*) y espacios de libre arbitrio (*Ermessenssfeiräumen*).

En este sentido, Greer ha señalado que “el significado de la expresión margen de apreciación no aparece inmediatamente como evidente para los abogados y juristas anglófonos desde que el término francés del que deriva, *marge d’appréciation*, es mejor traducido en inglés como «*margin of assessment/appraisal/estimation*»” (Greer, 2000: 5).

Asimismo, se ha afirmado que

...el margen de apreciación es una doctrina que la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado cuando examina si un Estado miembro ha violado la Convención. Significa que un Estado miembro está autorizado a un nivel de discreción, sujeto al control de Estrasburgo, cuando adopta medidas legislativas, administrativas o judiciales en la esfera de un derecho protegido por la Convención (Corte EDH, 2012).³

También se ha indicado al margen de apreciación como un criterio hermenéutico utilizado por los tribunales internacionales (Benavides, 2009). En esta línea, Follesdal (2018) ha señalado que este espacio para la discre-

continuing cooperation of the Member States” (Council of Europe, n. d.) (véase también Greer, 2000).

³ “The margin of appreciation is a doctrine that the European Court of Human Rights has developed when considering whether a member State has breached the Convention. It means that a member State is permitted a degree of discretion, subject to Strasbourg supervision, when it takes legislative, administrative or judicial action in the area of a Convention right. The doctrine allows the Court to consider the fact that the Convention will be interpreted differently in different member states, given their divergent legal and cultural traditions. As the Council of Europe has observed, the margin of appreciation gives the Court the necessary flexibility to balance the sovereignty of member states with their obligations under the Convention” (ECHR, 2012: párr. 1).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

ción es especialmente importante respecto de varios objetivos que pueden entrar parcialmente en conflicto, desde conflictos entre derechos humanos en sí mismos hasta conflictos entre derechos humanos y otros objetivos importantes. En el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos se ha conceptualizado el margen de apreciación, señalando que

...allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar, de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales, el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán, por tanto, aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual (Benavides, 2009: 301).

Han sido consideradas tales circunstancias, por ejemplo, la determinación de las condiciones *de facto* que justifican la declaración de una situación de emergencia (véanse *caso Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, 1993; *caso Ireland v. The United Kingdom*, 1978; *caso Lawless v. Ireland*, 1961), la criminalización de actividades homosexuales en la vida privada entre adultos que consienten en ello (*caso Dudgeon v. The United Kingdom*, 1981), o la determinación de las circunstancias que permitan establecer un balance entre el ejercicio de la libertad de expresión y el respeto de la vida privada de las personas (*caso Faludy-Kovacs v. Hungary*, 2018: párr. 27), o bien, a propósito del establecimiento de un marco jurídico para las relaciones entre parejas del mismo sexo (*caso Orlandi and others v. Italy*, 2017). Por su parte, Gerards (2011: 102) considera que el margen de apreciación “es una herramienta útil y flexible para determinar la intensidad del control sobre las interferencias en los derechos fundamentales” (véase también Martínez, 2014: 382). Sin embargo, como hemos observado, existen visiones críticas que justamente contestan este aspecto del margen de apreciación nacional, señalando que “su uso conlleva sensación de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad” (García, 2007: 141; García, 2010; Martínez, 2014: 382). Por su parte, Cançado Trindade (2006: 390) califica el margen de apreciación como una “doctrina nebulosa que acarrea la capitulación de los mecanismos de protección internacional a las vicisitudes de la operación de los órganos de derecho interno en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos”.

La doctrina del margen de apreciación es, según Frantziou:

...una herramienta analítica usada por la Corte Europea de Derechos Humanos al valorar aquellas disposiciones de la Convención y de sus Protocolos que requieren conciliarse con otros derechos, o que necesitan ser sopesadas frente a distintos aspectos del interés público... Asegura que los derechos humanos reconocidos en la Convención se desarrollen bajo un patrón pluralista, el cual es consciente de los contextos nacionales, siempre que el piso mínimo establecido por la Convención sea efectivamente protegido (Frantziou, 2014: 1-2) (traducción).

Colmenares (2001: 72) en este sentido señala que

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece una garantía mínima. Numerosos tratados sobre derechos humanos contienen el reconocimiento de que la garantía por ellos ofrecida representa una suerte de piso, que no pretende agotar el ámbito de los derechos que merecen protección. Esta idea se encuentra estrechamente vinculada con el carácter complementario del sistema internacional de protección, que lo presenta como una garantía adicional por sobre la que deben ofrecer las leyes domésticas. Nada obsta, sin embargo, a que la protección internacional reconozca menos derechos que los recogidos en el derecho nacional. En cambio, si el orden jurídico interno no ofreciera una garantía suficiente para los derechos internacionalmente protegidos, sí se estaría infringiendo el derecho internacional. Los tratados internacionales de derechos humanos disponen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, más no de restricción.

De acuerdo con Benvenisti (1999: 843) la doctrina del margen de apreciación está basada en “la noción de que cada sociedad tiene derecho a cierta latitud para resolver conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales”. Por su parte, para Núñez (2008: 351), “[e]l deber de respetar la identidad constitucional se encuentra también en el fundamento de la doctrina del margen de apreciación”. Esto significaría, según Contreras (2014: 236), que “los Estados parte... pueden definir, en principio, los límites y restricciones de los derechos contenidos en el tratado, siempre sujetos a la revisión internacional. Es una doctrina que articula la deferencia internacional del TEDH respecto de las decisiones internas de los Estados”. Cabe señalar que, esta doctrina de la deferencia internacional también habría sido practicada por

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

el Tribunal de Luxemburgo, en la esfera del derecho supranacional europeo, quien “ha desarrollado una progresiva doctrina de la deferencia hacia los ordenamientos constitucionales nacionales y los valores que los inspiran” (Núñez, 2008: 349). Es decir que, específicamente, en materia de derechos humanos, margen de apreciación nacional, identidad constitucional, pluralismo y diversidad de significaciones de estos derechos, van de la mano. Núñez lo ha expresado de una manera muy clara en la siguiente forma:

[L]a doctrina del margen de apreciación tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los Estados expresada en visiones potencialmente divergentes sobre el contenido de los derechos de la persona... Esto quiere decir que un mismo derecho puede obedecer a una pluralidad diversa de fundamentaciones y, por lo tanto, de significaciones... Dada esta pluralidad de significaciones surge el conflicto de interpretaciones y, con ello, el conflicto de identidades. La doctrina del margen de apreciación asume la inevitabilidad y legitimidad de esa pluralidad de concepciones y, en armonía con el principio de subsidiariedad, impide al juez internacional subrogar la potestad de las autoridades nacionales (incluyendo las legislativas y constituyentes) para definir o cumplir los mandatos a que obliga la identidad de la propia Constitución (Núñez, 2008: 353).

En esta línea, Benavides (2009: 297) sostiene que la disparidad cultural y jurídica existente en las distintas sociedades nacionales, se refleja, entre otros, en “la generalidad con que se conciben los términos contenidos en las normas de los tratados sobre derechos humanos”, cuya concreción le corresponde a los órganos estatales de acuerdo con su específica identidad cultural y jurídica.

Cabe agregar que el 16 de mayo de 2013 se adoptó el Protocolo núm. 15 a la Convención Europea de Derechos Humanos. El Protocolo mencionado incorpora algunas de las propuestas de reforma de la Corte Europea de Derechos Humanos formuladas en la Declaración de Brighton (18-20 de abril de 2012). El Protocolo apunta a fortalecer la efectividad de la Corte, introduciéndole los siguientes cambios y modificaciones: agrega al Preámbulo de la Convención una referencia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación, y reduce de 6 a 4 meses el plazo para presentar una demanda ante la Corte. En efecto, al final del Preámbulo se introduce un párrafo final, el cual señala lo siguiente:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de asegurar los derechos y libertades definidos en esta Convención y sus Protocolos, y que haciendo eso, ellos gozan de un margen de apreciación, sujetos a la supervisión de la Corte Europea de Derechos Humanos establecida por esta Convención.

Con la inclusión en el Preámbulo, lo que se pretende es destacar el papel de los tribunales nacionales en la aplicación y vigilancia de la Convención Europea de Derechos Humanos y subrayar el rol principal de los Estados en la protección de los derechos de los individuos bajo su jurisdicción. El Protocolo núm. 15 aún no ha entrado en vigor.

Así las cosas, el margen de apreciación nacional presenta, al menos, dos rasgos distintivos que requieren una mayor reflexión. Por un lado, el margen de apreciación se trata de una doctrina pretoriana elaborada, a lo largo de los años, por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y, tomada prestada, como se ha visto, del derecho público administrativo. En consecuencia, en principio, la doctrina del margen responde a las razones propias de ese ámbito del derecho. No hay, hasta ahora, un sustento normativo expreso para esta doctrina en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos, texto al cual los Estados se obligaron al manifestar su consentimiento en guiarse por dicho tratado.

Por otro lado, derivado de lo anterior, la doctrina iuspublicista ha sido quien ha intentado, con mayor o menor acierto, elaborar una teoría del margen de apreciación, a partir del análisis de la jurisprudencia que se refiere a ella. En este sentido, la teoría ha seguido un poco la suerte de la jurisprudencia misma, esto es, oscilante, vaga, indeterminada, sin parámetros precisos que permitan operar con predictibilidad a los actores jurídicos, sin que proporcionen, por lo tanto, certeza y seguridad jurídica. García Roca (2007: 141-142) lo ha expresado muy bien cuando señala que

La doctrina del “margen de apreciación nacional” vale para casi todo: para una cosa y su contraria. Incluso, se mantiene como motivación de algunas sentencias, pero conduce al resultado opuesto del que debería ser el lógico: un control europeo menos intenso en virtud del mayor margen nacional en la decisión que el Tribunal dice reconocer. Parece ser más una justificación, y ocasionalmente una cláusula de estilo, que un criterio de interpretación. Creo, pues, que no estamos ante una verdadera “doctrina”, pese a que así se la denomine habitualmente: ni en el sentido de una ciencia común que profesan la

mayor parte de los autores, los miembros de la “doctrina científica”; ni como “doctrina legal” en cuanto opinión ordenada que se deduce de la jurisprudencia. Tampoco creo valga como una enseñanza que la Corte imparta para instruir tanto a los Estados parte sometidos a su jurisdicción, de forma que sepan a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad del que gozan, como a los recurrentes, de manera que puedan prever la intensidad de la revisión europea que deben esperar. Es, en suma, una cláusula demasiado imprecisa y discrecional, un criterio de decisión no reglado y de aplicación irregular, inidóneo en buena medida para cumplir cualquiera de estos fines. Una fórmula a la que libremente acude la jurisprudencia y que resulta de vaga sistematización científica. Dista de ser una verdadera teoría jurídica.

Por su lado, García Ramírez (2014: 5), refiriéndose a las distintas “travesías” de protección de derechos humanos que han seguido Europa, África y América, señala que, a veces nos desconciertan “ciertos datos característicos de otras travesías, que en ellas asumen la mayor importancia y que para nosotros resultan todavía lejanos, e incluso muy inquietantes y riesgosos —desde nuestra propia perspectiva—, como ocurre con el margen de apreciación del sistema europeo” (véase también Gialdino, 2017: 6). En la misma línea, describiendo las debilidades e incertezas de esta doctrina, Sagüés (2013: 338) ha sostenido que la aplicación irrestricta de esta figura “podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo”.

Por esta razón, es que concordamos con García Roca, quien, esbozando el perfil deseable del margen, indica que

...es razonable pensar que el margen debería ser normalmente mínimo, necesitado de una justificación expresa, y centrado en algunos derechos de intensa configuración legal. Pero no universal o para todos los derechos ni, menos aún, máximo. Y, desde luego, debería estar fundado en las distintas realidades sociales y culturales, y no en obstáculos fácticos que redunden en inadmisibles violaciones de derechos, consagrando ulteriores indefensiones cual si fuera una patente de corso para los Estados soberanos. La tutela de los derechos humanos no es ya un huerto cerrado en manos de la soberanía estatal (García, 2007: 143).

En esta línea, el marco restrictivo del margen de apreciación lo admitiría en la medida que la interpretación nacional efectuara una interpreta-

ción conforme y *pro homine*, que no fuera *in pejus*, esto es, que mantuviera el nivel mínimo de protección garantizado internacionalmente o, al menos, que no lo desmejorara, y dejando a salvo, por cierto, el respeto irrestricto a las normas de *ius cogens*.

1. *Control de convencionalidad y margen de apreciación*

El control de convencionalidad puede ser definido como “el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse” (Aguilar, 2013: 722).

Parte de la doctrina vincula el margen de apreciación nacional con el control de convencionalidad. La explicación reside en que consideran que esta última constituye un “mandato que obliga a los Estados parte a internalizar la Convención Americana de Derechos Humanos (*sic*), afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado internacional” (Contreras, 2014: 236). Si acordamos que la doctrina del control de convencionalidad fue formulada en la sentencia del *caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, entonces, ¿lo anterior significaría que hasta antes de 2006 no existía la obligación de los Estados parte de internalizar o darle cumplimiento efectivo a la CADH? La respuesta nos parece evidente.

Desde que se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1969, siempre ha existido la obligación de los Estados parte de darle cumplimiento efectivo en el ámbito interno a las obligaciones derivadas de ella.⁴ La doctrina del control de convencionalidad es una explicitación de una obligación *allant de soi* fundada en el derecho internacional general. Se ha sostenido que el control de convencionalidad es una manifestación de una obligación que emana del derecho internacional consuetudinario consistente en que los Estados que han asumido una obligación internacional, sea convencional u otra, se encuentran obligados a darles cumplimiento en su derecho interno, ajustando sus normas, sus políticas públicas y su práctica, ya sea administrativa o judicial (Aguilar, 2017; Nogueira y Aguilar,

⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la OEA en 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue instalada en 1979.

2017). El Estado tiene libertad para determinar la forma concreta del cumplimiento interno con la norma internacional, pero debe satisfacer siempre el estándar mínimo y, además, debe asegurar que el individuo goce plena y efectivamente del derecho involucrado. En definitiva, el control de convencionalidad es una doctrina explicitada por la Corte IDH, a partir de una obligación general del derecho internacional, mediante la cual se establece que los Estados parte, por medio de todos sus poderes y agentes, deben velar por el respeto y cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la CADH, especialmente a través de la práctica judicial, debiendo para ello tomar en consideración la interpretación que ha efectuado la Corte IDH de las normas de la Convención.⁵

De manera más específica, Contreras (2014: 266) vincula el control de convencionalidad realizado por las autoridades nacionales con el principio de discrecionalidad como uno de los elementos componentes del margen de apreciación. En efecto, este autor señala que

Esto significa que, dependiendo del tipo de control de convencionalidad de que se trate, el órgano estatal contará con más o menos discrecionalidad en su obrar. En el caso del control fuerte, los jueces estarían obligados a invalidar normas internas en correspondencia al estándar interamericano. En este caso, habría nula o muy poca discrecionalidad. Por el contrario, en el caso del control débil, la obligación de interpretación conforme al parámetro interamericano permite un margen de maniobra en el que el juez nacional puede salvar la validez de una norma interna y, a la vez, decidir un caso sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así, estaríamos ante un grado de discrecionalidad medio. Finalmente, en el caso del control como directriz, los órganos políticos tienen un grado considerable de latitud discrecional para escoger la forma más idónea de implementar las obligaciones internacionales. La discrecionalidad, en principio, sería amplia.

⁵ El llamado control difuso de convencionalidad es una creación jurídica de la Corte Interamericana, la cual, basándose en el artículo 2o. del Pacto de San José, impone a los jueces nacionales la obligación de confrontar su legislación nacional con las disposiciones de la CIDH. Establece, en concreto, bajo el título “deber de adoptar decisiones de derecho interno” que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte 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” (Fondevila, 2017: 350-351).

La Corte IDH ha vinculado concretamente el principio de subsidiariedad y de jurisdicción interamericana coadyuvante o complementaria con el control de convencionalidad realizado por el Estado parte, reconociendo que si los Estados, en ejercicio de un control de convencionalidad, han adoptado medidas, de distinta naturaleza, destinadas al mejoramiento efectivo de las condiciones penitenciarias de conformidad con los estándares de la CADH, por el momento, no se encontraría justificada su intervención (Martínez, 2014: 385). En efecto, en el asunto de las Penitenciarías de Mendoza, del 1o. de julio de 2011, Considerando 40, la Corte IDH afirmó lo siguiente:

Sin perjuicio de que concurren razones para ordenar la protección de las personas privadas de libertad en esos centros penitenciarios, la Corte ha reiterado que en atención al principio de complementariedad y subsidiariedad que informa al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, una orden de adopción o mantenimiento de medidas provisionales se justifica en situaciones contempladas bajo el artículo 63.2 de la Convención Americana, respecto de las cuales las garantías ordinarias existentes en el Estado respecto del que aquellas se solicitan resultan insuficientes o inefectivas o las autoridades internas no puedan o no quieran hacerlas prevalecer. El Estado ha informado acerca de numerosas y destacables medidas que sus autoridades administrativas y judiciales estarían adoptando como consecuencia de los hechos denunciados, que indicarían la voluntad de las autoridades de activar mecanismos concretos de prevención e investigación a nivel interno. Es decir, las autoridades internas han estado atentas a la situación de las Penitenciarías de Mendoza, desde que las medidas provisionales fueron ordenadas por este Tribunal, y han reaccionado ante los hechos que motivaron a la Comisión a solicitar la reapertura de las medidas provisionales. Esto permite asumir razonablemente que continuarán ejerciendo adecuadamente el debido control de convencionalidad, también en lo referente a las medidas de protección que en adelante sean necesarias. Por ende, el Tribunal considera que no corresponde por el momento ordenar medidas provisionales de protección.⁶

⁶ Véase también, Corte IDH, asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, Medidas Provisionales respecto de Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de febrero de 2008, Considerando 15. Respecto del control de convencionalidad, *cf.*, entre otros, Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de

Por otra parte, la interpretación conforme opera tanto respecto de normas nacionales como de normas internacionales. El principio de interpretación conforme al que se refiere Contreras en los párrafos precedentes operaría respecto de normas internacionales de derechos humanos que producen sus efectos en el ámbito nacional. El juez nacional, esto es, cualquier juez nacional, realiza un ejercicio de interpretación conforme del derecho nacional, incluyendo la Constitución, a las normas del derecho internacional de los derechos humanos (Miranda y Navarro, 2014; Saíz, 2011; Saíz y Ferrer, 2014; Santolaya, 2013). Este tipo de interpretación conforme facilita el desarrollo de un nutrido y fructífero diálogo iniciado por el juez nacional, poniendo en interacción el derecho interno y el derecho internacional. Por su lado, la interpretación conforme respecto de normas nacionales también sería esgrimida como un mecanismo conductor del principio de deferencia. Así, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional adoptaría una actitud de deferencia respecto de la ley nacional cuando practique una interpretación conforme a la Constitución; por ejemplo, “entre distintas interpretaciones posibles de una norma, debe preferirse aquella que sea más acorde a la Constitución”, evitando, de esta manera, proceder a la declaración de invalidez de la ley (Martínez, 2014: 385).

La interpretación conforme, ya sea al derecho internacional de los derechos humanos o a la Constitución, se quiere plantear como una manifestación de la deferencia internacional o nacional, respectivamente, y, por tanto, como una muestra del poder de discrecionalidad o apreciación del que gozan los órganos estatales, fundamentalmente, en virtud del principio de distribución de competencias y de separación de poderes. Sin embargo, cabe preguntarse si realmente la interpretación conforme representa una afirmación del poder de apreciación del órgano nacional o bien, simplemente eso, un principio de interpretación, de especial relevancia en materia de derechos humanos, ya que permite al intérprete, por esta vía, adecuar el sentido y alcance de una norma nacional a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos, según corresponda (Ferrer, 2011). Sobre todo, cabe plantearse la cuestión de por qué el intérprete nacional de derechos humanos, al momento de velar por la conformidad a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos,

2006, Serie C, núm. 158, párr. 128; Corte IDH, *caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párrs. 206-208.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

debe preocuparse de efectuar aquella interpretación más favorable para el individuo, de acuerdo con el principio *pro homine* (Aguilar y Nogueira, 2016; Negishi, 2017). Cabe recordar que este principio de interpretación de derechos humanos es reconocido positivamente en diversas disposiciones convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como en el artículo 5o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 5o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 53 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁷ y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸ En este sentido, Colmenares (2001: 83) afirma que “[l]a interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”.

Entonces, el principio de interpretación conforme no serviría para afirmar el principio de separación de poderes, ni una actitud de respeto, ni una autonomía del legislador o del administrador, ni una presunción de licitud, en la medida en que este margen de apreciación del que dispondrían los poderes públicos para ejercer aquellas facultades, que se reconocerían como discrecionales, vulnerara los estándares mínimos de derechos humanos establecidos en la Constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos. O bien, la interpretación conforme sería una herramienta útil para que el Tribunal Constitucional o la Corte IDH corrigiera el ejercicio abusivo de este pretendido poder de apreciación de los poderes públicos, que, en definitiva, terminara rebajando el nivel de protección ya consagrado o efectuando una interpretación *in pejus* de los derechos de los

⁷ Reproducimos a continuación la respectiva disposición porque constituye una buena muestra del espíritu del principio *pro homine*: “Artículo 53 – Nivel de protección. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000).

⁸ Aguirre Arango (2007: 87) señala que la Convención debe ser interpretada, entre otras cosas, “de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos (interpretación *pro persona*)”.

individuos. En este sentido, vale la pena recordar que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, la CADH:

...fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre, independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, [por lo que] la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH, OC-2/82: párr. 33).

En definitiva, el control de convencionalidad, tal como aquí se ha planteado, reconoce, por cierto, un margen de apreciación al juez nacional. Pero de un modo distinto a como Contreras intenta plantearlo. En efecto, en el control de convencionalidad realizado por el juez nacional que conserva el deber de iniciar un diálogo con el juez interamericano, e incluso con otros jueces internacionales, a fin de determinar cuál es la norma más favorable para el individuo o cuál es la interpretación más beneficiosa o menos restrictiva (Mazzuoli, 2016: 41). Como se puede observar, el juez nacional conservaría un margen de maniobra para discernir sobre la norma o la interpretación más favorable para el individuo o grupo, sujeto siempre al principio del estándar mínimo y a las normas de *ius cogens*, y cualesquiera que sean las fuentes —nacionales o internacionales— de los referidos derechos (Nogueira, 2013). Todos estos elementos, sobre los que resuelve el juez nacional, quedan sujetos a un posible control por parte del juez internacional, quien, evaluando las circunstancias, decide si autoriza la decisión nacional, que se aparta de la solución internacional (Arnardóttir, 2017). En este sentido, el margen de apreciación entraría en del ámbito de la interpretación final de la Corte Interamericana.

La dificultad, entonces, se plantea porque algunos intentan oponer el margen de apreciación nacional al control de convencionalidad como una válvula de escape, para liberarse de una eventual obligación del juez estatal de cumplir con las normas y las interpretaciones provenientes de las cortes internacionales, en el caso de América Latina, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La idea de que se encontraría presente detrás de esta posición es que el control de convencionalidad obligaría a los jueces nacionales a seguir sin reflexión ni argumentación los dictados por la Corte IDH. Como ya se ha sostenido, esa idea no es exacta. Desconoce la operatividad del sistema de control de convencionalidad.

Desconoce, de igual manera, la presencia en todo este engranaje de la interpretación conforme y el principio *pro homine* (Mazzuoli y Ribeiro, 2016). Estos principios son implementados a través del diálogo entre jueces, que también es desconocido con esta afirmación. El diálogo entre jueces se encuentra en el corazón de la operatividad del control de convencionalidad. En este sentido, cabe reiterar que en el control de convencionalidad el juez nacional conservaría un margen de maniobra para discernir sobre la norma o la interpretación más favorable para el individuo o grupo, sujeto siempre al principio del estándar mínimo y a las normas de *ius cogens*, y con independencia de la fuente de los derechos a la que recurra. Como se observa, este proceder requeriría también considerar la existencia del bloque constitucional de derechos.⁹ En consecuencia, sostenemos que no hay oposición entre margen de apreciación y control de convencionalidad, sino más bien, complementariedad.

2. Discrecionalidad y principio de proporcionalidad

Normalmente, en los análisis que realiza la doctrina, se intenta justificar el recurso al margen de apreciación nacional, fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, la protección de objetivos colectivos legítimos, y en segundo lugar, la restricción legítima en el goce de algunos derechos (Letsas, 2006: 709). Estas interferencias legítimas en el goce de dichos derechos pueden provenir del Estado o de particulares. Uno de los criterios que se han desarrollado para evaluar, en la revisión judicial, si la interferencia en el derecho es legítima, es el *test* o juicio de proporcionalidad (Grimm, 2007; Rivers, 2006). La Corte IDH ha explicitado en qué consiste este juicio de proporcionalidad, en sentido amplio, en relación con el examen de la licitud en la imposición de una restricción a un derecho humano. En efecto, la Corte IDH ha señalado que “un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (*Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, 2012: párr. 273).

⁹ Para un visión comparada de Bolivia, Colombia y México, véanse González (2013), Ramelli (2004) y Vargas (2013).

Sin embargo, no es necesario invocar un margen o poder de apreciación o discreción por la autoridad nacional para justificar la interferencia en los objetivos colectivos legítimos o, en las restricciones o limitaciones legítimas a los derechos toda vez que ellos ya se encuentran incorporados en el diseño y regulación misma de los derechos (Cianciardo, 2010). En efecto, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho constitucional de los derechos humanos consideran, dentro de la regulación de los derechos, elementos como el interés nacional, la seguridad nacional, la prevención del crimen, o bien, la moral y las buenas costumbres. Todos estos objetivos colectivos o estas causas legítimas de restricción de un derecho ya se encuentran considerados en la aplicación e interpretación del derecho que un juez nacional debe realizar (Pati, 2005). Además, y muy relevante ya que a veces se deja de lado, “el juez nacional, al aplicar una norma de un tratado internacional, debe entenderla de acuerdo con las normas de interpretación de los tratados, ya que es ésa su fuente directa” (Colmenares, 2001: 80).

A esto, se debe agregar que, en un sistema regional de protección de los derechos humanos, tales como el sistema europeo o interamericano, aquel que decidirá en último término acerca de la concordancia entre el objetivo colectivo o la restricción impuesta al derecho por el juez nacional y el estándar mínimo consagrado en el nivel internacional, será el juez internacional de los derechos humanos (Ferrer, 2013).¹⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo* de 1997, la Corte IDH indicó que

...la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso (*Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 1997: párr. 62).

¹⁰ En este sentido, Luiz Bastos y Miotto dos Santos (2015: 184) expresan que, “no les es dado a los Estados la facultad de excusarse de cumplir tales requisitos mínimos. Se extrae de la buena fe contractual que los Estados deben conferir aplicabilidad al dispositivo que sea más protector de la garantía de los derechos humanos, tampoco importando si son disposiciones de derecho interno o estándares interpretativos fijados por la Corte”.

Como hemos mencionado anteriormente, el juez internacional, en el caso concreto, podrá recurrir al juicio de proporcionalidad para decidir si se trata de una injerencia o restricción legítima del derecho. Como se puede observar, no sería necesario apelar a un poder de discrecionalidad nacional para justificar la decisión, sino que bastaría con utilizar el criterio de la proporcionalidad, el cual operaría, en este caso, como una herramienta de interpretación.

Sabemos que parte de la doctrina conjuga interactivamente el margen de apreciación con el principio de proporcionalidad aplicado por el órgano internacional; así, se afirma que “mientras más discreción nacional se brinda, el principio de proporcionalidad se aplica con menor intensidad; por otra parte, mientras más reducido es el margen de apreciación, menor es la deferencia internacional y se lleva a cabo un examen más riguroso de proporcionalidad” (Contreras, 2014: 237; Arai-Takahashi, 2001: 14). El problema de esta formulación es que no realiza una consideración profunda de los estándares mínimos de derechos humanos que no podrían ceder por más intenso que sea el poder de discrecionalidad reconocido a las autoridades nacionales. Por lo tanto, ni siquiera invocando el margen o poder de apreciación un juez nacional podría vulnerar el estándar mínimo de protección de un determinado derecho (Frantziou, 2014). Incluso en esto coincide Núñez al señalar que

...el recurso a la identidad constitucional debe mantenerse dentro de los límites de lo internacional o constitucionalmente tolerable. Lo internacional y lo constitucionalmente admisible viene definido por un indicador negativo, el cual es el hecho de que el Estado, que invoca su derecho a la diversidad, no puede encontrarse por debajo de aquel mínimo común denominador, bajo el cual ya no cabe hablar de tolerancia hacia la diversidad (Núñez, 2008: 363).

Del mismo modo, Cançado Trindade señala que

...en relación, al menos, con este mínimo irreductible, que pertenece al dominio del *jus cogens*, no hay cómo invocar el llamado “margen de apreciación”. Su invocación indebida podría, además, minar el deber general de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos, consagrado en los tratados de derechos humanos (a ejemplo del artículo 1 (1) de la Convención Americana) (Cançado, 2006: 390).

III. SENTIDO Y ALCANCE PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

En esta parte, nos interesa abordar el tópico de la diversidad cultural como potencial justificación para la invocación del margen de apreciación nacional en el contexto latinoamericano y, posteriormente, examinar el recurso a la noción del margen de apreciación por parte de la Corte IDH. Sin embargo, bien vale la pena comenzar resaltando una contradicción habitual que se encuentra en parte de la doctrina que trata el margen de apreciación en el sistema interamericano. Esta contradicción pretende destacar la igualdad de condiciones en las que se encuentra la doctrina del margen de apreciación y del control de convencionalidad y, en consecuencia, deberían ser objeto de las mismas críticas en los términos siguientes.

La doctrina del margen de apreciación nacional no se encuentra en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (Hutchinson, 1999; Letsas, 2006). Lo mismo ocurre con la formulación concreta y con la denominación específica de la doctrina del control de convencionalidad (Fondevila, 2017: 350-351).

El margen de apreciación fue desarrollado por los órganos de protección de derechos humanos de Estrasburgo, al igual que el control de convencionalidad por los órganos de protección de los derechos humanos de San José.¹¹

Aquellos que critican el control de convencionalidad utilizan, entre otros argumentos, que el control de convencionalidad no tiene sustento en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además lo critican porque es un desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH. En efecto, se sostiene que es la propia Corte IDH, a través de su jurisprudencia, la que haría obligatoria su propia jurisprudencia.

Pero, estos mismos críticos, frente a un mismo fenómeno que ocurren con el margen de apreciación nacional —que no tiene sustento en la Convención EDH y es creado por la jurisprudencia de la Corte EDH— no son capaces de realizar la misma crítica. Por el contrario, estos autores blanden las banderas del margen de apreciación nacional para hacer frente al control de convencionalidad. Lo lógico, pensamos, es que, frente a igualdad de circunstancias, las críticas que pueden ser válidas para el

¹¹ Sobre la nula recepción del margen de apreciación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Nash (2018).

control de convencionalidad también deberían ser válidas para el margen de apreciación nacional.

1. *Diversidad cultural y margen*

Como se ha visto, uno de los elementos más frecuentemente utilizados para justificar la existencia de un margen de apreciación nacional sería la presencia, en el seno de los Estados, de una diversidad social, política y cultural que justificaría el reconocimiento de un margen de discreción para la determinación del sentido y alcance de algunos derechos. En este sentido, y en relación con el margen de apreciación, Fuentes (2002: 242) señala que “la diversidad cultural existente en Europa justifica que se autorice cierta discreción a los Estados para definir el ámbito de los derechos protegidos por el sistema”. En efecto, Núñez ha afirmado que

...la doctrina del margen de apreciación es una técnica jurídica específica de coordinación de la diversidad. La función que ella cumple es constitucional en cuanto a su objeto y su fin. En cuanto a su objeto, ella modula, equilibra y resuelve el enfrentamiento de las concepciones (y, luego, de las identidades) constitucionales. Su materia, por decirlo así, es constitucional (Núñez, 2008: 353).

Asimismo, la doctrina afirma el margen de apreciación como un “criterio que permite asegurar el respeto a las legítimas diferencias en las tradiciones y culturas de los países”, por lo que este margen de apreciación actuaría como un mecanismo que haría posible la subsidiariedad (Martínez, 2014: 382; Gerards, 2011: 104). En este sentido, una vez más, la doctrina también insiste en que el principio de subsidiariedad está más presente en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos que en el europeo, porque en el primero hay una referencia directa a dicho principio en la CADH, aun cuando debe aclararse que esta Convención usa las expresiones de protección internacional “coadyuvante o complementaria” (Martínez, 2014: 384). Con todo, debe señalarse que, como regla general, todo sistema internacional de protección es subsidiario, por ello se exige, como requisito para su procedencia, el agotamiento de los recursos internos (Colmenares, 2001).

Verdugo y García (2012) intentan afirmar que, en el contexto de los Estados que forman parte del sistema interamericano existiría una diversidad

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

cultural que justificaría la procedencia del margen de apreciación nacional. Esta aseveración merece ser puesta en tela de juicio y exigiría que fuera justificada y demostrada. Con todo, esta diversidad cultural y religiosa implica reconocer y respetar la propia identidad constitucional nacional, y, por lo tanto, los márgenes de autonomía para las autoridades estatales, en la determinación de los derechos, incluyendo a los jueces nacionales.

Recordemos que el paradigma constitucionalista contemporáneo, inserto en un mundo globalizado no sólo económica, sino también jurídica-mente, tiene como elementos identificadores la dignidad y los derechos humanos como mínimos que se configuran en un límite al poder, pero a todo poder (Aguilera, 2012; Lifante, 2008). En este sentido, Douzinas (2006: 316) se pregunta “¿Por qué tanto empeño en intentar codificar lo que es un ser humano?” Porque “no es impensable [según Arendt] que llegase un día en el que una humanidad muy organizada y mecanizada decidiese democráticamente —por mayoría— que sería mejor para la humanidad en su conjunto liquidar a una parte de ella” (Arendt, 1979: 299). Esto significaría que los derechos humanos emergen, en este nuevo paradigma, como un límite incluso a las decisiones adoptadas por las mayorías, cuando estas decisiones vulneran el estándar mínimo de estos derechos o bien cuando vulneran derechos o prohibiciones que obligan incluso contra la voluntad o a pesar del consentimiento de la comunidad nacional (Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011b). Y, junto con ello, cabe agregar, que, de acuerdo con Loewenstein (1976: 311), un área del control o revisión judicial que no merece dudas u objeciones es la protección de los derechos humanos contra todo tipo de injerencias ilícitas (véase también Martínez, 2014: 368). Estas injerencias pueden provenir tanto de los órganos del Estado como de los particulares. En consecuencia, los jueces, en esta labor, juegan un papel crucial (Aguilar, 2012; Del Toro, 2005). Hay que recordar que Arendt (1979: 293) nos da a entender que los derechos humanos no son un producto dado, sino una construcción, una invención humana, en constante proceso de construcción y reconstrucción.

No obstante lo anterior, aun así, parte de la doctrina nacional pretende blandir la espada de la identidad constitucional para “fundamentar, desde la dogmática constitucional, el carácter limitado que poseen” en el derecho público nacional, las denominadas fuentes no nacionales, esto es, las fuentes comparativas, las supranacionales y, particularmente, las relativas al llamado “derecho internacional de los derechos humanos” (Núñez, 2008).

Como se ve, Núñez intenta desarrollar el argumento del limitado rol de las fuentes no nacionales, especialmente en el área de los derechos humanos, en el derecho interno, en tanto que, similarmente, Martínez trata de argumentar en torno a la idea de cómo limitar el poder de control de los jueces, ya que el desafío del control judicial es “cómo evitar el activismo judicial o la sustitución de las decisiones meramente políticas por sentencias, o en donde hay tribunales constitucionales, la intromisión de éstos en las competencias de los jueces de la instancia” (Martínez, 2014: 372).

La identidad constitucional nacional es un concepto que fundamenta la legítima aspiración por la pervivencia de la individualidad de los ordenamientos constitucionales nacionales. Desde el punto de vista de su utilidad, Núñez ha afirmado que “[s]i el Derecho Internacional es un límite al ejercicio de la soberanía, la identidad constitucional es un concepto que configura, o delimita, las fronteras de dicho límite y, por lo tanto, cumple una función constitucional” (Núñez, 2008: 334). En este sentido, Núñez alude a la doctrina de los *controlimiti*, existente en el derecho comparado, desarrollada por la jurisprudencia y doctrina italianas.¹² Esto último resulta curioso por su postura reticente frente al derecho no nacional y, sin embargo, se sirve de la jurisprudencia y doctrina no nacional. La identidad constitucional nacional sería el fundamento que permitiría justificar el recurso al margen de apreciación nacional, lo que implicaría “un adecuado equilibrio entre la soberanía estatal y el control jurisdiccional internacional” (Benavides, 2009: 298).¹³

Conceptualmente hablando, Núñez define la identidad constitucional “como un conjunto de rasgos que singulariza, en el plano jurídico-político, las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados

¹² “[N]ella giurisprudenza della maggior parte delle Corti Costituzionali l’apertura al diritto sovranazionale non è del tutto incondizionata. Sin dagli anni ’70 dello scorso secolo alcune corti hanno individuato «clausole di salvaguardia» a protezione dei valori fondamentali che stanno al cuore dell’identità costituzionale nazionale (cd. *controlimiti*) da proteggere da ogni indebita interferenza esterna. Germania, Italia, Francia, Spagna e alcune delle corti dei paesi dell’Europa centro-orientale conoscono analoghe previsioni, volte a tutelare i principi cardine del sistema costituzionale e un nucleo indefettibile di competenze” (Cartabia, 2014: 20).

¹³ En este sentido, Verdugo y García promueven el margen de apreciación como una doctrina que “puede generar un equilibrio importante entre el respeto por los compromisos internacionales y la independencia de comunidades políticas democráticas” (Verdugo y García, 2012: 202).

y organizaciones internacionales o supranacionales” (Núñez, 2008: 337). Incluso más, este autor indica que, en virtud de esta identidad constitucional nacional, expresada, en general, en las constituciones de los Estados, es:

...concebible que las comunidades viertan en ellas algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles. Esta visión fundamental —que se concretiza en ciertas concepciones fundamentales acerca de la persona, la familia, la sociedad y el Estado— se combina con otros elementos dando lugar a lo que se denomina “cultura jurídica de una comunidad” (Núñez, 2008: 338).

En efecto, esta óptica, muy cercana a un relativismo constitucional, tiene una fuerte raigambre en una concepción clásica de la soberanía nacional (Nogueira, 2000). Por lo tanto, habría que matizar estas ideas con la evolución jurídico-política que ha experimentado el Estado contemporáneo, y, particularmente, el concepto mismo de pueblo y de los distintos niveles en los que sería posible encontrar una comunidad sociopolítica que comparte valores esenciales comunes (Kondorosi, 2002; Pizzolo, 2012).

Tal como ha señalado Añon:

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: no se trata, pues, de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución” (Añon, 2002: 28).¹⁴

Esta idea constitucionalista se ha extendido más allá de las fronteras del Estado. Incluso, Anne Peters habla de bienes constitucionales globales. Entonces, desde un punto de vista más global:

...difícilmente se puede negar que el orden jurídico internacional está en proceso de cambio desde un orden basado en la “soberanía Westfaliana” (concebida como carta blanca para que los gobiernos nacionales organizaran sus estructuras políticas y jurídicas internas sin ninguna interferencia de una autoridad externa) a un orden mundial híbrido o dualista, basado en la soberanía

¹⁴ Siguiendo esta idea, Bechara Llanos (2011: 76) explica que “los derechos fundamentales actúan como los orientadores de todo el sistema jurídico a los que ellos pertenezcan”.

del Estado (modificada) y la autonomía o autodeterminación de los individuos. El principio de la soberanía del Estado ya no sirve como la fuente exclusiva de la legitimidad de la norma internacional (Peters, 2006: 586).

Se acepta que el corazón de todo ordenamiento constitucional en la actualidad está constituido por los derechos humanos, que se aseguran y garantizan a todas las personas, pero se afirma que los órganos internos, particularmente aquellos que gozan de mayor legitimidad democrática, tienen la potestad para darle un sentido y alcance identitarios a los derechos reconocidos (Núñez, 2009). Este margen de maniobra de los órganos del Estado, apoyado en la identidad constitucional nacional, debería ser respetado por los órganos internacionales de supervisión, ya que se basan en el ejercicio democrático de competencias soberanas (Buenader, 2018). Por ejemplo, en el caso de Chile, a partir de las normas constitucionales de los artículos 1o., 3o., 5o., 6o., 7o. y 19, núm. 26, el legislador —naturalmente también el constituyente democrático— se encuentra amparado jurídicamente para regular, delimitar y limitar los derechos fundamentales de manera acorde con la propia identidad constitucional del Estado o aquello que constituye la sustancia misma del orden constitucional chileno.¹⁵

No obstante, otros describen el respeto de estándares mínimos de derechos humanos como un elemento componente de la gobernanza democrática, lo que reduciría este margen (CEPAL, 2016: 14). Como se sostiene por un sector, los Estados tienen un amplio margen para decidir la manera y la medida concreta para dar cumplimiento a las obligaciones que provienen del derecho internacional. En ese sentido, se sostiene que el derecho internacional sería respetuoso de la soberanía del Estado y del procedimiento de toma de decisiones democráticas y, en ese contexto, habría que entender el dispositivo constitucional antes mencionado. Sin embargo, también es posible una lectura de las normas constitucionales mencionadas en el sentido de elevar los derechos fundamentales a la característica misma de la identidad constitucional nacional. El respeto y protección de estos derechos por parte del Estado, contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile, y vigentes, es ordenado por la propia Constitución. El Estado chileno mediante una decisión soberana y democrática dentro del marco constitucional, ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁵ Sobre la expresión “identidad constitucional”, véase Bon (2014).

para aplicar e interpretar las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y eso produce un impacto en el orden constitucional nacional (Nogueira, 2017).

Como se ha observado, la identidad constitucional nacional juega un rol no sólo en la consideración de las fuentes no nacionales por el juez nacional, sino también, y muy importante mencionar, en la consideración de la interpretación internacional/supranacional de los derechos humanos por el juez nacional o, dicho de otro modo, en la mayor o menor discrecionalidad, o poder de apreciación, del juez nacional para interpretar los derechos humanos de manera diferente a la interpretación internacional/supranacional y, al mismo tiempo, el esfuerzo que se realiza por limitar la capacidad configurativa o creativa de los jueces internacionales a través de su propia interpretación.¹⁶ Es por ello que un rasgo característico de los defensores de esta teoría es la gran estimación del método positivo en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, Núñez ha afirmado que

...cabe recordar que la jurisprudencia internacional se encuentra limitada por el texto de un modo mucho más grave que el juez nacional. En efecto, si bien es cierto que a partir de los instrumentos es posible defender una interpretación evolutiva, que adecue los textos “vivos... a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”, ello no significa un desprecio total por el método positivo en la interpretación de dichos instrumentos (Núñez, 2009: 513).

Y, en concordancia, Martínez ha aseverado que

Ello es de vital importancia, ya que no puede pasarse por alto el hecho de que los tratados internacionales son producto de negociaciones y acuerdos entre Estados, plasmados por escrito y traducidos por ende a palabras, a las que evidentemente éstos les han dado un sentido determinado. La buena fe internacional conlleva, por tanto, a que no pueda torcerse o desconocerse el significado de esas palabras (Martínez, 2014: 380).

¹⁶ Se puede confrontar con la opinión de Freixes San Juan y Remotti Carbonell (1992: 99), quienes dicen que “los valores y los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete, tanto legislativo como judicial, ya que tales órganos están vinculados no a sus propios criterios, sino a estructuras jurídicas determinadas en la propia Constitución”.

Concordando con Martínez y Núñez, la interpretación no puede conducir a torcer o desconocer el significado de las palabras de un tratado de derechos humanos, se debe reconocer que una regla de carácter pretoriano ya consolidada, pero que encuentra un fundamento en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, consiste en el carácter dinámico y evolutivo de la interpretación de los derechos humanos. Así ha sido sostenido, de manera uniforme, por la Corte EDH y por la Corte IDH.¹⁷

Como hemos señalado, la diversidad cultural y religiosa es mayor en el contexto europeo que en el ámbito latinoamericano. Insistimos en sostener que la envergadura de la diversidad cultural es menor en Latinoamérica porque los Estados tienen historias y han seguido trayectorias muy semejantes. En efecto, Fuentes (2002: 242) indica que “[e]sta diversidad cultural no sería tan evidente en el caso latinoamericano, en que es posible encontrar mayor consenso en los derechos fundamentales, motivo por el cual no ha surgido ni se requiere una doctrina del margen de apreciación como la que existe en el sistema europeo”. Esto último podría ser una muy probable explicación de por qué el margen de apreciación ha tenido mucho más éxito en el sistema europeo de protección de los derechos humanos que en el interamericano (Contreras, 2014: 246). Incluso, la diversidad cultural hace un llamado al diálogo en derechos humanos, precisamente, con el fin de lograr un respeto de la diversidad y el reconocimiento de la diferencia, inspirado por la observancia de un mínimo ético irreductible (Piovesan, 2017: 62). Justamente, como hemos señalado, en este contexto, el control de convencionalidad se configura como una herramienta útil para promover y fortalecer el diálogo entre la diversidad de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos. En este sentido, ya hemos observado que el margen de apreciación, por su propia naturaleza, debería ser analizado desde una óptica restrictiva, la cual autorizaría valerse del mismo en situaciones excepcionales y fundadas. En consecuencia, esta perspectiva se convierte en más exigente para el juez estatal, quien tiene un deber de justificar fundadamente su solución nacional (Aguilar, 2018).

Generalmente, el margen de apreciación estará relacionado con casos que incluyen cuestiones valóricas, religiosas y culturales, muy afincadas en la comunidad nacional, cuya sensibilidad merece ser admitida como váli-

¹⁷ Véase, como uno de los casos emblemáticos en este sentido, Corte EDH, *Tyrrer v. The United Kingdom*, Application núm. 5856/72, 1978, párr. 31.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

da por el juez internacional. Para ello, reiteramos, el juez nacional deberá efectuar una labor persuasiva a través de su argumentación en el sentido de que su interpretación de los derechos es la más adecuada para su realidad cultural y constitucional, pero, al mismo tiempo que respeta los estándares mínimos (Molina, 2018), las normas de *ius cogens* (Clérico, 2018: 299) y, en virtud del principio *pro homine*, dicha interpretación es más favorable para los derechos del individuo o comunidad afectada, considerando el bloque constitucional de derechos (Bogdandy, 2013: 55-56; Bogdandy, 2015).

2. *El margen de apreciación en el sistema interamericano*

Como se ha dicho, son pocos los casos en los cuales se ha recurrido al margen de apreciación en la Corte IDH. Benavides sostiene que esta doctrina europea no ha tenido mucho uso en la Corte IDH porque ha tenido pocos casos en comparación con la Corte EDH y, sobre todo, porque “no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el *corpus iuris* internacional” (Benavides, 2009: 308). Así, esta autora observa la referencia al *corpus iuris* internacional como una manifestación del universalismo, en desmedro de la consideración de las particularidades nacionales. Por otro lado, Cañado Trindade (2006: 389) señala que “[a]fortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, porque no todos los Estados parte del sistema interamericano tienen vigente un Estado de derecho pleno y, sobre todo, porque el tipo de derechos violados en el sistema europeo y en el sistema interamericano son diferentes.¹⁸ Además, muchos casos planteados ante el sistema interamericano se refieren a violaciones de derechos inderogables, donde no cabe el margen de apreciación. También se debe reconocer que el conocimiento y uso del sistema internacional de protección de los derechos humanos no se encuentra tan extendido en Latinoamérica como en Europa y, por lo tanto, estas herramientas conceptuales tan específicas como la del margen de apreciación, tampoco se conocen mucho.

¹⁸ Con respecto a una visión crítica de la posición de Cañado Trindade, véase Fuentes (2002: 242).

La doctrina del margen de apreciación se encuentra presente en la Corte IDH tanto a través de votos de jueces del tribunal, como de sentencias de la misma Corte. En el primer ámbito, esto es, el margen de apreciación nacional en los votos de algunos jueces de la Corte IDH podemos referirnos a los siguientes: en el caso del juez Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del *caso Cabrera García y Montiel Flores*, señaló, a propósito de los contornos del control de convencionalidad, que

...sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010: párr. 87).

¿Es inevitable que algún órgano tenga la última palabra en derechos humanos? Sí, según hemos anotado precedentemente, debería tener la última palabra aquél órgano jurisdiccional que mejor proteja los derechos de los individuos, comunidades y pueblos, ya sea el interno o el internacional.

Asimismo, el juez Pérez Pérez señaló, en su voto parcialmente disidente en el *caso Atala*, que en el ámbito de una obligación de los Estados parte en el sentido que deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia, “es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional” (*Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*, 2012: párrs. 10, 14, 16 y 23).

Del mismo modo, algunas escasas sentencias de la Corte IDH han argumentado en distintas orientaciones a propósito del margen de apreciación. El primero de los casos que aparece usualmente invocado por la doctrina es la Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984 (Corte IDH, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”), a propósito de la modificación constitucional en Costa Rica relacionada con la naturalización, y la Corte

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

reconocería un margen para que los Estados regulen la adquisición de la nacionalidad (Martínez, 2014: 385). En efecto, a este propósito, abordando el tema desde una perspectiva restrictiva, la Corte IDH indica lo siguiente:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas...

Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

...la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente...

Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla...

No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación (OC-4/84, 1984: párrs. 54, 58, 59, 60, 62 y 63).

En definitiva, efectivamente, la Corte IDH reconoce la existencia abstracta de un margen de apreciación del Estado para modelar el régimen de naturalización, y, nos parece que no podría ser de otro modo, porque eso entra en las opciones políticas de cada Estado, pero, al mismo tiempo, advierte, que el Estado debe tener cuidado en que la aplicación práctica de dichas exigencias no produzcan como resultado actos de discriminación, porque eso, ya se configuraría en un límite al margen de apreciación.

El segundo caso es *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004. Es un caso que aborda las posibles restricciones a la libertad de expresión en función del escrutinio periodístico a autoridades públicas y, en él, la Corte reconocería un margen para que “los Estados fijen recursos

ordinarios eficaces para proteger los derechos” (Martínez, 2014: 385). En este caso, la Corte IDH señala lo siguiente:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004: párrs. 127-128).¹⁹

Nuevamente, la Corte IDH reconoce la existencia de un margen de apreciación nacional respecto de las posibilidades de regulación del derecho a un recurso, pero advierte acerca de las restricciones indebidas al contenido mínimo del derecho.

Por último, también se analizó el margen de apreciación nacional, habiendo sido invocado por el Estado parte, en el *caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012. Este caso se trataba de examinar si la prohibición absoluta de recurrir a las técnicas de fertilización *in vitro* (FIV) es compatible con los estándares de protección de los derechos establecidos en la CADH. En este caso, particularmente debatido por la academia que aborda el margen de apreciación, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4o. de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal...

Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *caso Baena Ricardo y otros*, Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104, párr. 95; Corte IDH, *caso Cantos*, Excepciones Preliminares. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 85, párrs. 37 y 95. Sobre el mayor margen de tolerancia al escrutinio público tratándose de los funcionarios que detentan cargos públicos, véase Corte IDH, *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111, párrs. 97-98.

derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención, la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional (*Caso Artavia Murillo y otros [“Fecundación in vitro”] vs. Costa Rica*, 2012: párrs. 256, 272, 273, 274, 314, 315 y 316).

En este caso, la Corte IDH no admite el margen de apreciación del juez nacional debido a que, en ejercicio de la ponderación y del *test* de proporcionalidad, resulta que la interferencia estatal es desproporcionada, esto es, cae por debajo del estándar mínimo respecto de la vida privada y familiar y, sobre todo, porque produce efectos discriminatorios.

Otro caso, lejano porque no se refiere al margen de apreciación, podría ser el caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008. En este caso, la Corte debía resolver si la prohibición por la ley electoral mexicana de la presentación de candidaturas independientes era compatible con los estándares establecidos en la CADH. Según Contreras, en este caso, la Corte utiliza niveles de deferencia internacional reconociendo espacios de discrecionalidad estatal en conexión con la búsqueda de la existencia de un consenso en la materia entre los Estados parte. En efecto:

La Corte declara que “[e]n la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes”. Nuevamente, existe una referencia al consenso regional —o la ausencia del mismo— con el objeto de determinar la práctica de los Estados parte en el cumplimiento de la CADH, similar al análisis de margen de apreciación” (Contreras, 2014: 249).

En este contexto, los jueces interamericanos (Corte IDH) disponen que “que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales” (*Caso Castañeda Gutman vs. México*, 2008: párr. 204). La doctrina podría identificar en este

párrafo el reconocimiento interamericano a la discrecionalidad estatal. Es cierto que en esta materia los Estados gozan de discrecionalidad en la elección concreta del medio empleado para garantizar el derecho. La razón consiste en que el estándar interamericano no se refiere al modelo electoral concreto, cualquiera es admisible a los ojos de los jueces interamericanos, en la medida que satisfagan el estándar de participación política. La distinción es tenue pero relevante, porque cuando hablamos de margen de apreciación, éste opera dentro del estándar mismo. Y esto es muy importante porque cuando se afirma la universalidad de los derechos humanos, ello no quiere decir uniformidad en su tratamiento interno. Ello ha sido afirmado hace décadas en la Declaración de Viena de 1993.²⁰

IV. CONCLUSIONES

Sería posible invocar un poder o margen de apreciación o discrecionalidad por parte de las autoridades estatales, especialmente, de los jueces nacionales, tan sólo respecto de un número acotado de ámbitos y derechos. Existirían razones fundadas para permitir un margen de apreciación en aquellas materias donde la diversidad cultural y valórica hace la diferencia, sin vulnerar estándares mínimos ni normas de *ius cogens*. En consecuencia, procedería que el órgano jurisdiccional internacional evaluara la admisibilidad del margen, en forma restrictiva, normalmente, en materias relacionadas con cuestiones valóricas, morales.

En aquellas materias en las que cabe el margen de apreciación nacional, el poder o margen de apreciación debe ser sujeto al control judicial, ya sea nacional del tribunal constitucional o corte suprema (dependiendo cada Estado), o bien, internacional de la Corte IDH, intérpretes últimos de su Constitución y de la CADH, respectivamente.

En los ámbitos en que cabe el margen de apreciación nacional, el órgano nacional se encuentra limitado, en su poder de apreciación o discrecio-

²⁰ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993: párr. 5).

nalidad, por el estándar mínimo de derechos humanos. El estándar mínimo de derechos humanos puede provenir tanto del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, dependiendo de cuál de los dos ámbitos haya establecido el estándar más favorable para el individuo, esto es, el principio *pro homine*, ya sea porque reconoce un derecho más protector o restringe menos el derecho.

El consenso en derechos humanos se encuentra representado en el estándar mínimo de derechos humanos, contenido en las distintas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, en los tratados internacionales de estos mismo derechos. Todas aquellas áreas nuevas o novedosas, respecto de las cuales no se ha reflejado un consenso explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, no significa que no hay consenso propiamente, sino que se debería efectuar un trabajo de derecho comparado, de búsqueda en los distintos ordenamientos jurídicos internos, si acaso de ahí se deriva la existencia de un consenso. La falta de desarrollo normativo en el derecho internacional de los derechos humanos no significa automáticamente la ausencia de consenso, como a veces se pretende.

Como resultado de largos procesos históricos, sociales, religiosos, culturales y geográficos, la configuración política de cada Estado presenta sus particularidades que deben ser respetadas en la medida que el poder soberano no decida alterarlas. Esto permitiría reconocer una identidad constitucional nacional. Incluso, en materia de derechos humanos, estos particularismos nacionales son reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, forma parte de la propia identidad constitucional nacional el reconocimiento general de la dignidad humana y de los derechos humanos al ubicarlos en el centro de esa identidad constitucional nacional. En la Constitución chilena, los artículos 1o. y 5o. son una muestra de aquello. En realidad, la identidad constitucional nacional se pretende reivindicar para justificar la posibilidad de distintas interpretaciones de un derecho humano determinado y, sobre todo, para intentar justificar una interpretación por parte de un juez nacional de un derecho humano cuya interpretación se aparte o sea diferente de la interpretación internacional. En nuestra visión, esto sería totalmente posible en la medida que la interpretación nacional efectuara una interpretación conforme y *pro homine*, que no fuera *in pejus*, esto es, que mantuviera el nivel mínimo de protección garantizado internacionalmente o, al menos, que no lo mejorara.

El margen de apreciación complementa el control de convencionalidad siempre que los jueces nacionales tomen en cuenta el estándar mínimo, las normas de *ius cogens* y el principio *pro homine*. En estos casos, el margen se justificaría en el contexto de un diálogo jurisprudencial y se requeriría que el juez fundamente la solución nacional, argumentando, en el caso específico, poderosas razones de real diversidad cultural o valórica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2012, “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2013, “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, vol. 9, núm. 2.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2017, “Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: ¡juntos pero no revueltos!”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.), *Control de convencionalidad. Corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago de Chile, Triángulo.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2018, “La creación del derecho. El rol del juez y el diálogo entre jueces”, en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coord.), *Poder Judicial. Reforma constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Librotecnia.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2016, “El principio a favor de la persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, *Revista de Derecho Público*, núm. 84.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, 2012, “Las transformaciones del Estado contemporáneo: legitimidad del modelo de Estado neoconstitucional”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15.
- AGUIRRE ARANGO, José Pedro, 2007, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos*, año V, núm. 8.
- AÑON, María José, 2002, “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, 2001, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Nueva York, Intersentia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- ARENDDT, Hannah, 1979, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Harvest Book.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll, 2017, “*Res Interpretata, Erga Omnes* Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3.
- BASTOS, Luiz M. P. Jr. y MIOTO DOS SANTOS, Rodrigo, 2015, “Los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y la inconvencionalidad de la ley brasileña de inelegibilidades”, *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 1.
- BECHARA LLANOS, Abraham Zamir, 2011, “Estado constitucional de derecho. Principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm. 2.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, 2009, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1.
- BENVENISTI, Eval, 1999, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31.
- BON, Pierre, 2014, “La identidad nacional o constitucional. Una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100.
- BUENADER, Eduardo, 2018, “La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Derecho*, Buenos Aires, año LVI.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, 2006, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- CARTABIA, Marta, 2014, “La tutela multilivello dei diritti fondamentali”. Disponible en: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf.
- CEPAL, 2016, “Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información. La participación pública y al acceso a la justicia. Resumen Ejecutivo”, documento DDDR/2.
- CIANCIARDO, Juan, 2010, “The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, núm. 3.
- CLÉRICO, Laura, 2018, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”, *REDEA. Derechos en Acción*, año 3, núm. 7.

- COLMENARES, Carmen María de, 2001, “Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno de Guatemala”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2008, “Observación General núm. 33. Obligaciones de los Estados Parte con Arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, CCPR/C/GC/33.
- CONTRERAS, Pablo, 2014, “Control de convencionalidad. Deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, núm. 2.
- COUNCIL OF EUROPE, n. d., “The Margin of Appreciation”. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp, consultado el 29 de septiembre de 2019.
- DI ANRÒ, Ilaria, 2010, “Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell’uomo”. Disponible en: <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/147971/122738/pezzo1.pdf>.
- DOUZINAS, Costas, 2006, “El fin(al) de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 7 t. 1.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, “Margin of Appreciation”, *Open Society Justice Initiative*. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/echr-reform-margin-of-appreciation.pdf>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2011, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2013, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso *Gelman Vs. Uruguay*)”, *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 2.
- FOLLESDAL, Andreas, 2018, “Appreciating the Margin of Appreciation”, en ETINSON, Adam (ed.), *Human Rights: Moral or Political?*, Oxford, Oxford University Press.
- FONDEVILA MARÓN, Manuel, 2017, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1.
- FRANTZIOU, Eleni, 2014, “The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law”, *UCL Policy Briefing*. Disponible en: <https://>

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- www.ucl.ac.uk/drupal/site_european-institute/sites/european-institute/files/euro-pe-briefing-margin.pdf.
- FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, 1992, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35.
- FUENTES TORRIJO, Ximena, 2002, “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, núm. 13.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2014, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18.
- 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*, núm. 20.
- GERARDS, Janneke, 2011, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, núm. 17.
- GIALDINO, Rolando E., 2017, “¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? el caso «Fontevicchia y D’amico»”, *La Ley*.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, 2013, “Claves para entender la discusión en la SCJN. Bloque de constitucionalidad y jerarquía de fuentes”, *Animal Político*. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2013/08/28/claves-para-entender-la-discusion-en-la-scn-bloque-de-constitucionalidad-y-jerarquia-de-fuentes/>.
- GREER, Steven, 2000, *The Margin of Appreciation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing. Disponible en: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf).
- GRIMM, Dieter, 2007, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57.
- HUTCHINSON, Michael R., 1999, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 3.
- JUSTUS VASEL, Johann, 2009, “El «Margin of Appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 11.

- KONDOROSI, Ferenc, 2002, “Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 38-39.
- LETSAS, George, 2006, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, 2008, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25.
- LOEWENSTEIN, Karl, 1976, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, 2014, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 1.
- MAZZUOLI, Valerio, 2016, *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MAZZUOLI, Valerio y RIBEIRO, Dilton, 2016, “The *Pro Homine* Principle as a Fundamental aspect of International Human Rights Law”, *Meridiano 47. Journal of Global Studies*, vol. 17.
- MIRANDA CAMARENA, Adrián y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pedro, 2014, “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 13, núm. 26.
- MOLINA VERGARA, Marcela, 2018, “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”, *Revista Derecho*, vol. 25, núm. 1.
- NASH ROJAS, Claudio, 2018, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 11.
- NEGISHI, Yota, 2017, “The *Pro Homine* Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2000, “Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2013, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2017, “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (coords.), *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago de Chile, Triángulo.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 643-684.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2017, “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista Derecho*, año 13, núm. 15.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, 2008, “Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, núm. 2.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, 2009, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII.
- PATI, Roza, 2005, “Rights and their Limits: The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective”, *Berkeley Journal of International Law*, núm. 23.
- PETERS, Anne, 2006, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19.
- PETERS, Anne, 2012, “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, *Anuario de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16.
- PIOVESAN, Flávia, 2017, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 7a. ed., Sao Paulo, Saraiva.
- PIZZOLO, Calogero, 2012, “Derecho constitucional en la Unión Europea: el «constitucionalismo multinivel» como alternativa al problema de la jerarquía normativa”, *ANALES*, núm. 42.
- RAMELLI, Alejandro, 2004, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y «bloque de constitucionalidad» en Colombia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11.
- RIVERS, Julian, 2006, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, vol. 65, núm. 1.
- SAGUÉS, Néstor, 2005, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa.
- SAÍZ ARNAIZ, Alejandro, 2011, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Hendu*, vol. 2, núm. 1.
- SAÍZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), 2014, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa.

- SANTOLAYA, Pablo, 2013, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, 2005, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112.
- VARGAS LIMA, Alan, 2013, “Los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad”, *La Gaceta Jurídica*. Disponible en: http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/Derechos-Humanos-Bloque-Constitucionalidad_0_1899410129.html.
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco, 2012, “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, *Actualidad Jurídica*, vol. 25.
- VON BOGDANDY, Armin, 2013, “*Ius Constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM.
- VON BOGDANDY, Armin, 2015, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34.