

REVISTA  
EUROLATINOAMERICANA DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 3 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2016 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



## La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad

*The doctrine of the “margin of national appreciation” and the public administration: horizons and limitations of the conventionality control*

FRANCO GATTI\*

Universidad Nacional de Rosario (Argentina)  
francogatti517@hotmail.com

**Recibido el/Received:** 25.03.2016 / March 25<sup>th</sup>, 2016

**Aprobado el/Approved:** 27.05.2016 / May 27<sup>th</sup>, 2016

### RESUMEN

El control de convencionalidad, como práctica para salvaguardar la vigencia empírica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ha experimentado desarrollos valiosos, con amplia recepción en el ordenamiento jurídico doméstico. Sin embargo, la advertencia crítica de los límites de este test, al que están compelidos todos los órganos estatales, reclama atención en el universo académico. El denominado “margen de apreciación nacional” fue expuesto como un criterio en virtud del cual los Estados pueden delinear interpretaciones disímiles a las resultantes de la praxis de los tribunales internacionales, en la medida en que se trate de tópicos controvertidos y permisivos de miradas plurales. Independientemente de la resistencia generada, se trata de un instituto de interesante aplicación cuando la realidad a la que se enfrentan las autoridades estatales halla insuficientes las respuestas aparentemente uniformes de la hermenéutica internacional. En efecto, a partir

### ABSTRACT

*The conventionality control, as a practice for safeguarding the empirical validity of the international human rights instruments, has experimented valuable developments with broad reception in the domestic judicial system. However, the critical warning of the limits of this test, to which all state bodies are compelled, claims attention in the academic universe. The denominated “margin of national appreciation” was exposed as some criteria by virtue of which the States may outline interpretations dissimilar to those that result from the praxis of the international courts, to the extent that the case be of controversial topics and permissive of plural views. Regardless of the resistance it generates, it is an institute of interesting application, when the reality which the state authorities are faced with finds the apparently uniform answers from international hermeneutics as insufficient. Effectively, from the study of judicial precedents and of the doctrinal contributions, the possibility of conciliating the particular characteristics of the administrative*

Como citar este artículo | *How to cite this article:* GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016. DOI: 10.14409/rr.v3i1.7112

\* Doctorando en Derecho y Maestrando en Derecho Público. Docente de las asignaturas Introducción al derecho y Derecho Constitucional. Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Becario del Instituto Berg (Alemania) y del Consejo Interuniversitario Nacional. Investigador en el área de los Derechos Humanos. Diploma de Honor, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina). Abogado. E-mail: francogatti517@hotmail.com



del estudio de antecedentes jurisprudenciales, y de las contribuciones doctrinarias, se advierte la posibilidad de conciliar las particulares características de la función administrativa con el margen de apreciación nacional, como oportunidad para que el control de convencionalidad no imponga sin cortapisas criterios elaborados con lejanía de las necesidades locales y sea proclive a recoger la idiosincrasia de los Estados.

**Palabras clave:** convencionalidad; pluralismo; margen; interpretación; administración.

*function with the margin of national appreciation is noticed, as an opportunity for the conventionality control not to impose without hindrance criteria elaborated in distance from the local needs and be prone to collect the idiosyncrasy of the States.*

*Keywords: conventionality; pluralism; margin; interpretation; administration.*

## SUMARIO

**1.** Introducción; **2.** Control de convencionalidad: el rol de la Administración; **2.1.** Fundamentos y caracterización; **2.2** Convencionalidad y Administración; **3.** Margen de apreciación nacional y pluralismo hermenéutico; **3.1** Consideraciones generales; **3.2** El margen de apreciación nacional y su utilidad en la Administración Pública; **4.** Conclusión; **5.** Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

La jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos significó además de una conmoción en la estructura del ordenamiento jurídico una ruptura epistemológica que trajo consigo un desafío de armonización con los estándares internacionales vigentes en la materia. De tal modo, el compromiso jurídico lejos está de detenerse en la ratificación de instrumentos normativos, y a más de veinte años de la reforma constitucional, nuevas interpelaciones inauguran ámbitos renovados de discusión.

El denominado control de convencionalidad puso de relieve que la articulación entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos debía propender al “afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías”<sup>1</sup>. Inicialmente previsto como tarea ineludible de los tribunales nacionales, el test de convencionalidad amplió sus horizontes, involucrando actualmente a todos los órganos del estado. En consecuencia, la administración ya no puede escapar en cada uno de sus actos a verificar que los mismos guarden coherencia con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también con la interpretación que de ella haya concretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, cada vez es más reducido el número de decisiones domésticas susceptibles de escapar los criterios interamericanos, elevándose como un interrogante clave si aún existen actos de la administración absolutamente discrecionales, y en efecto si el llamado “margen de apreciación nacional” puede jugar un rol importante en resguardar la diversidad, pluralismo, aquellas circunstancias desconocidas por el orden global.

<sup>1</sup> BAZÁN, Víctor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Chile, 2010. p. 18.



Los principios basales que rigen al control de convencionalidad han sido ampliamente desarrollados, pero enfrentamos una posibilidad teórica de profundizar sobre la supervivencia o no de límites en la ejecución del mismo y la chance de que la administración pueda acogerse a ellos.

## 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN

### 2.1 FUNDAMENTOS Y CARACTERIZACIÓN

El control de convencionalidad tiene por meta “afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derecho humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para las personas”<sup>2</sup>

En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el precedente “Almonacid Arellano Vs. Chile” que los jueces y tribunales internos no sólo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las interpretaciones que de éstas haya hecho el Tribunal Interamericano<sup>3</sup>. Luego, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” agregó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”<sup>4</sup>. En suma, allí se presentó al instituto como un “acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales a la Convención americana sobre Derechos Humanos y a la exégesis que a este instrumento le da la Corte Interamericana”<sup>5</sup>. Por su parte, Ferrer Mac- Gregor sostiene que “se trata de un estándar mínimo creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH”<sup>6</sup>

<sup>2</sup> SAGUÉS, Néstor Pedro. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la constitución convencionalizada*. Castilla-La Mancha, nº14, p. 143, Universidad de Castilla- La Mancha. 2011. ISSN 1139-0026.

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº154.

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, nº158.

<sup>5</sup> SAGUÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010. p.120.

<sup>6</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano*. *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 9, nº2, p. 531-622. 2011.



El fundamento en virtud del cual se sostiene el mentado test de convencionalidad reside primordialmente en el contenido de los artículos 1 y 2 de la Convención, es decir en la obligación general de los Estados de respetar los derechos establecidos en el texto del tratado y en el deber de adoptar las disposiciones legislativas, jurisdiccionales, administrativas y de cualquier otro carácter para tornar empíricos los propósitos convencionales. Asimismo, ello queda subrayado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, pues ordena que no es posible alegar disposiciones de derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

La jurisprudencia constante de la Corte Interamericana alrededor del artículo 2 de la Convención ha indicado desde el comienzo que el allí enunciado como deber general “incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías”.<sup>7</sup> Queda entonces despejado todo ánimo dubitativo acerca de si sólo las normas constituyen materia controlable, ratificándose esta posición al señalarse que el compromiso contenido en el artículo 2 implica dos clases de medidas: “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación de garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías”.<sup>8</sup> Así, se plantea el despliegue del control de convencionalidad tanto en el plano de las leyes (control abstracto), como en el de los hechos, genéricamente designados como “prácticas” (control concreto). Más aún, bajo esta clase de control, cobra una nueva dimensión hermenéutica el concepto de “violación per se de la Convención”, descrito dogmáticamente en la Opinión Consultiva 14 de 1994<sup>9</sup> y vertido como causa de la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados Partes en numerosos fallos, por la violación de la Convención por medio de leyes<sup>10</sup>, por acciones directas<sup>11</sup> y por omisiones<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Durand Ugarte Vs. Perú”. Sentencia de agosto 16 de 2000. Serie C No. 68, párrafo 137; Caso “La última tentación de Cristo contra Chile. Sentencia de 5 febrero de 2001. Serie C, n°73, párrafo 85.

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Lori Berenson Mejía Vs. Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, n°119, párrafo 219; Caso de “La Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n°134, párrafo 109; Caso “Ximenes López Vs. Brasil”. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, n°149, párrafo 83.

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 14 de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 9 de diciembre de 1994. Serie A, n°14.

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Suarez Rosero Vs. Ecuador”. Sentencia de 12 de noviembre de 2007. Serie C, n°35, punto resolutivo n°5; Caso “Raxcacó Reyes Vs. Guatemala”, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n°133, párrafo n°88.

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Godínez Cruz Vs. Honduras”. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, n°5, párrafo n°186.

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de fondo en el Caso de La Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie



## 2.2 CONVENCIONALIDAD Y ADMINISTRACIÓN

Tras la evolución puesta de manifiesto en los antecedentes “Almonacid Arellano Vs. Chile” y “Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú”, pareció quedar consolidado el criterio en virtud del cual el control de convencionalidad no sólo estaba en manos de la Corte Interamericana, sino también de todos los jueces –y autoridades que ejerzan funciones jurisdiccionales- de los Estados ratificantes de la Convención, incluso haciéndolo ex officio, por propia iniciativa del magistrado. La finalidad de esta práctica claramente se orienta a “adecuar o, lo que es lo mismo, amoldar o adaptar, las reglas de derecho interno a los tratados. Esto implica que, si los preceptos domésticos no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas en el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crea las que correspondan”<sup>13</sup>

Surgió entonces un interrogante en torno a si los órganos administrativos quedaban también compelidos a concretar esta evaluación de coherencia entre los actos de la administración y el corpus iuris interamericano. La respuesta se expone contundente en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, quien sostuvo que el referido compromiso “vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>14</sup>. Ello ha quedado respaldado en el caso “Gelman Vs. Uruguay”, subrayándose que “el control de convencionalidad (...) es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”<sup>15</sup>

Desde la órbita del derecho administrativo, también puede propiciarse una hermenéutica proclive a asumir al test de convencionalidad como una piedra angular en la labor de la administración. En un sistema democrático la función primordial de la administración pública es velar por el interés general de los ciudadanos a los que sirve, el mismo se encuentra definido por los valores y principios contenidos en la Constitución<sup>16</sup>, que ordena la salvaguarda de los derechos humanos a través de un auténtico

---

C, nº134. Allí expresamente señaló el juez, que de análoga forma a como acontece la violación per se de la Convención por la existencia de una ley o de una norma abiertamente incompatible con la Convención, así mismo “la falta de toma por parte del Estado de medidas de protección (...) acarrea per se una violación de la Convención”.

<sup>13</sup> HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: Comparación*. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 5.

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, nº252, párrafo nº318.

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay (fondo). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, nº221, párrafo nº239.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo*. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 225.



diálogo de fuentes. En paralelo, el derecho administrativo reconoce al principio de legalidad como un lineamiento rector, sometién dose a la ley en su más amplio sentido con conciencia de la primacía de la Carta Magna y los tratados de derechos humanos. En efecto, “la Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, se impone a todos los actos que dicta la Administración Pública”<sup>17</sup>. Abona esta tesis la consideración de que la responsabilidad internacional del Estado se vería comprometida si uno de sus órganos, cualquiera fuera su esfera de actuación, omitiera aclimatar sus manifestaciones normativas a los estándares vigentes e imperativos resultantes de obligaciones asumidas en el plano global.

Gordillo pone luz sobre ciertas prácticas refiriéndose al “sistemático incumplimiento de la Constitución” por parte de la Administración. Al respecto, expone que suele postularse “que la inconstitucionalidad se declara sólo como *última ratio*, no como aplicación normal del ordenamiento, y que se aplican leyes inconstitucionales si las partes no lo plantean en la jurisdicción, Se argumenta que el juez actuaría en violación al principio de congruencia.”<sup>18</sup> Esta doctrina, cuestionada por el autor, es inconstitucional pues subvierte la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, y lejos de contribuir a la economía procesal –como se ha postulado-, la dificulta puesto que retarda a una eventual instancia jurisdiccional el análisis de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos de la administración. En consecuencia, “la ausencia de invocación de la norma por las partes no puede privar al orden jurídico de su aplicación”<sup>19</sup>

En suma, y conforme de los argumentos antes explicitados, ratificamos la tesitura que sostiene el deber de los órganos administrativos no sólo de observar y tornar efectivos los derechos fundamentales, sino también de controlar que sus actos no contengan incompatibilidades con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sostener lo contrario permitiría abrir camino hacia el desentendimiento administrativo de posibles violaciones a compromisos internacionales, impactando sobre prerrogativas de los ciudadanos.

### 3. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y PLURALISMO HERMENÉUTICO

#### 3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Precedentemente se ha puesto de manifiesto la trascendencia actual del control de convencionalidad, procurando su instalación en la praxis jurídica y el trazado de

<sup>17</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p.152.

<sup>18</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. p.18.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.19.



horizontes lo suficientemente amplios para que ninguna manifestación estatal pueda desconocerlo. Igualmente, y acreditado por la propia voz del Tribunal Interamericano, ha quedado reforzado el razonamiento por el cual se asevera la necesidad de ejecutar el control sobre normas, pero también sobre las prácticas y políticas públicas que pudiesen desoír los mandatos del Sistema Interamericano.

Esta imponente presencia que ha cobrado el control de convencionalidad no fue producto de asimilaciones desprovistas de cuestionamientos, los contrapuntos gestados se concentraron principalmente en la repercusión que esta “internacionalización” del ordenamiento doméstico produce sobre la noción de soberanía nacional. En definitiva, los rasgos esenciales que Jean Bodin atribuía a la soberanía, entendiéndola como el “poder absoluto y perpetuo del Estado”, sufrieron las secuelas propias de la inserción de los Estados en el orden global y de los consensos que allí se ensayan para trazar criterios lo más uniformes posibles.

Sin embargo, el test de convencionalidad no está libre de limitaciones, además de las precisiones enunciadas en cuanto a quiénes lo desarrollan, cuál es el material controlado y cuál aquél en relación al que se controla, existe una porción de la conducta estatal que –a priori– podría merecer un análisis diferenciado. Uno de los institutos que traza restricciones a la intervención del convencionalismo es el denominado “margen de apreciación nacional”. El mismo “debe ser comprendido como un reducto o criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales”<sup>20</sup>. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que torna dificultoso lograr interpretaciones uniformes sobre las cláusulas de los mismos.

Esta doctrina halla vinculación con la determinación de cuáles son las limitaciones de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, contribuyendo a discutir en derredor de su carácter coadyuvante. De hecho, el pilar del instituto analizado reside en el principio de subsidiariedad, consagrado en el Preámbulo de la Convención americana cuando describe la naturaleza “coadyuvante o complementaria” que el sistema de protección convencional posee respecto de la que ofrece el derecho interno de los Estados. En efecto, se reconoce que en ciertos casos es posible la existencia de una diversidad de interpretaciones en materia de derechos fundamentales, y se sugiere que el Tribunal Internacional del que se trate se inhiba en la subrogación de las autoridades nacionales para valorar aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de derechos universales. Como lo sugiere Georges Letsas “la doctrina del margen de apreciación tiene dos facetas: una sustantiva, relativa al eterno problema de discernir entre las libertades individuales y los objetivos colectivos, y otra estructural,

<sup>20</sup> DELGADO, Franciso R Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, nº26, p.135. 2011.



relativa a la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales”<sup>21</sup>

Específicamente, el instituto en cuestión deja un margen de libertad a los Estados: “1) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, 2) para limitar el ejercicio de alguno de los derechos con el objeto de resguardar otros derechos o intereses de la comunidad., 3) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno”<sup>22</sup>. Por ejemplo, en el ámbito europeo, se ha reconocido la aplicación del margen de apreciación para limitar el alcance de libertades comunitarias frente a circunstancias extraordinarias, como por ejemplo un riesgo para la salud colectiva<sup>23</sup>, o para definir el alcance nacional de la moralidad pública<sup>24</sup>.

En el Sistema Interamericano, “la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación nacional en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocido en el texto de la misma (...) Sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano”<sup>25</sup> La Comisión Interamericana ha receptado esta doctrina, por ejemplo en el caso “Efraín Mont Vs. Guatemala”, refiriéndose a las reglas de elegibilidad vigentes en aquel Estado, y concluyendo que “el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad, es la dimensión apropiada para el análisis de la Convención en general, y de sus artículo 23 y 32 al caso sub-judice, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional”<sup>26</sup>

No puede desconocerse que si bien fuertes oposiciones a la utilización de esta doctrina esgrimen que ella esconde un peligro latente, pues flexibiliza los mandatos internacionales en la interpretación de los derechos humanos, acabaría siendo una actitud teóricamente irresponsable desecharla de plano. Piénsese, verbigracia, en aquellos Estados donde conviven una multiplicidad de etnias, o en territorios con prácticas ancestrales y legitimadas popularmente que sin violar estrictamente derechos humanos exigen de ellos valoraciones peculiares. De hecho, la matriz epistemológica de la Corte Interamericana ha sufrido mutaciones con el transcurso del tiempo, confirmando que

---

<sup>21</sup> LETSAS, George. *Theory of interpretation of the European Convention of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 80.

<sup>22</sup> NUÑEZ POBLETE, Manuel. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada y el THELOS Constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. p.06.

<sup>23</sup> Asunto c-172/00, Ferring Arzneimittel GmbHVs. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH, 10 de septiembre de 2002.

<sup>24</sup> Asunto 34/79, “Regina/Maurice Henn y John Frederick Darby”, 14 de diciembre de 1979,

<sup>25</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de derechos humanos Aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. p. 57.

<sup>26</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 30/93, “José Efraín Mont Vs. Guatemala”, sentencia de 12 de octubre de 1993, párrafo n°24.



la hermenéutica de los derechos humanos no se forja de una vez y para siempre, y que incluso del propio uso que los Estados hagan del “margen de apreciación nacional” pueden irrumpir nuevas miradas.

### 3.2 EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y SU UTILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El rol de la Administración es definitivamente peculiar, porque si bien la función legislativa –e incluso la judicial- no escapan a la politización, en la primera se planifican y ejecutan políticas públicas, imbuidas por la ideología del gobierno de turno, y cristalizadas normativamente –actos administrativos, reglamentos, etc-. Sostener que estas atribuciones deben siempre desplegarse con acatamiento riguroso de las pautas fijadas por tribunales internacionales puede acabar pulverizando la capacidad de captar particularidades contextuales, y echando de menos las consideraciones idiosincráticas. En efecto, emerge un interrogante de compleja solución, ¿todas las decisiones de la administración se hallan encorsetadas en la hermenéutica interamericana o el control de convencionalidad puede ceder frente a la necesidad de interpretar los derechos fundamentales con un prisma local?

Inicialmente, no nos es lícito olvidar que el Poder Ejecutivo está sometido a ley, encuentra en la Constitución y en la legislación infraconstitucional una delimitación de su campo de acción, y descontado está que igualmente debe conducirse al compás de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos. Es cierto también que la norma constitucional le confiere al Poder Ejecutivo determinadas facultades en forma directa y que la intromisión en ellas de la regulación legislativa o el control jurisdiccional ha sembrado divergencias en el terreno doctrinario. Con sostén en el espacio de libertad jurídicamente conferido a la Administración, se ha delineado la teoría de los actos de gobierno, no justiciables, políticos o discrecionales, orientada a impedir el llamado “gobierno de los jueces”. Sin embargo, en nuestros días se ha afianzado con mayor fortaleza la tesitura opuesta, refrendada, entre otros, por Germán Bidart Campos, quien sostiene que “uno de los argumentos más importantes que obligan a compartir la tesis del control jurisdiccional amplio de las cuestiones políticas, radica, en nuestro régimen constitucional, en el art. 116 de la Constitución Nacional, cuando reserva al poder judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”<sup>27</sup>.

Por lo tanto, en el estado actual de desarrollo del control de constitucionalidad y convencionalidad, es complejo sostener que ciertos actos de la administración puedan quedar excluidos y librados a su absoluta discrecionalidad. A pesar de ello, la doctrina antes expuesta sobre el margen de apreciación nacional habilita una oportunidad para

<sup>27</sup> CAMPOS, Germán Bidart. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 351.



imprimirle a las prácticas y normas emanadas del poder administrador una impronta local, siempre que no se desnaturalice el núcleo de los derechos humanos.

La chance concreta de conciliar los fundamentos del margen de apreciación nacional con la función de la administración, reside, en principio, en reconocer que las políticas públicas y las decisiones adoptadas en la órbita administrativa suponen, en general, el contacto más cercano con la ciudadanía y el eslabón ejecutorio encaminado a atender las necesidades humanas. En dicha tarea, empapada ideológica y políticamente, se torna indispensable otorgar un protagonismo excluyente a los destinatarios de los actos estatales, que no son idénticos a quienes habitan el territorio de cualquier otro Estado, ni a los sujetos considerados en los precedentes de tribunales internacionales, y que además se relacionan en un ambiente específico, con una historia única. He de ahí que un Jefe de Estado al reglamentar una ley, un Ministro al dictar una resolución, el Rector de una Universidad al firmar un decreto, debe cerciorarse de no estar transgrediendo derechos convencionales, pero también pueden sensibilizar sus apreciaciones –aún apartándose del criterio uniforme– propiciando no descuidar las urgencias de una realidad que no se asemeja a ninguna otra.

Introducir en este abordaje al fenómeno del pluralismo jurídico probablemente ilustre aún más las aristas conceptuales hasta aquí explicitadas. La convivencia de diversos órdenes normativos interpela a la disciplina jurídica acerca de la actitud que debe tomarse en relación a ello, evaluando primordialmente que las sociedades latinoamericanas registran la coexistencia de etnias, pueblos originarios y grupos con parámetros normativos propios. Piénsese, por ejemplo, en la investigación desplegada por Boaventura de Sousa Santos sobre la situación jurídica en las favelas de Brasil, equiparable al escenario de las catalogadas “villas de emergencia” en Argentina. Allí, difícilmente ingresen con justeza los parámetros internacionales que rigen al derecho de propiedad, a la vivienda digna, al acceso al agua potable, etc, y se vuelve imperiosa una reacción desde la teoría que coadyuve a abarcar este tipo de circunstancias. En iguales términos, la occidentalización en la que se inscribe nuestro sistema jurídico no puede escapar a los ejes analíticos que buscan dilucidar cuáles son los factores demandantes de espacios en el escenario del derecho. El autor antes mencionado, afirma que “la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión de la cultura occidental, por lo tanto los derechos humanos son universales sólo cuando se los considera desde una óptica occidental”<sup>28</sup>. La relatividad cultural, el reconocimiento de la incompletud, la fidelidad a los orígenes y la valorización de lo repudiado y descalificado, configuran el reto actual del progresismo jurídico.

---

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para descolonizar occidente*. Buenos Aires: CLACSO-Prometeo Libros, 2010. p. 88.



Pensemos entonces que la administración pública cotidianamente interviene en los contextos precedentemente descriptos, decide con asiduidad sobre las necesidades de personas pertenecientes a entornos vulnerables, y signados por vínculos distintos a los “uniformes”. En esa labor, ejecuta prácticas, condensa en normas pretensiones históricas y además debe tener como norte las obligaciones internacionales del Estado, aspirando a una armonía pacífica. Definitivamente son infinitas las chances de que esa compatibilización no se alcance en la totalidad de las hipótesis, y por ello se exhibe como una herramienta plausible el margen de apreciación nacional. Nos referimos a que sea viable dotar al poder administrador de un espacio interpretativo capaz de formular alternativas jurídicas a los estándares universalizados, con el objeto concreto de evitar la exclusión y el olvido de quienes no han sido comprendidos por marcos epistemológicos con ambición de totalidad.

#### 4. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad, sin lugar a dudas, constituye un instrumento cada vez más eficiente para que los Estados no desconozcan fronteras adentro sus compromisos internacionales. Pero además, se instituye como una auténtica garantía de los ciudadanos de cara a que sus derechos fundamentales permanezcan resguardados en cada manifestación estatal. Pero, la propuesta teórica de colocar en tensión sus horizontes y habilitar instancias en las que se admita la infiltración del contexto en el que se ejerce, lo enriquece aún más.

La doctrina del margen de apreciación nacional, impulsada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se nos ha presentado como una suerte ingeniería jurídica a la que recurren los Estados para intentar ser relevados de la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. A pesar de ello, profundizar en las raíces del instituto, en sus fundamentos y finalidades, torna factible su utilización con propósitos que lejos de perjudicar la vigencia de los derechos fundamentales, los reafirman desde una concepción comprensiva de la diversidad.

En este orden de ideas, la Administración pública, responsable también del test de convencionalidad, pone de manifiesto cómo a través de las determinaciones habituales que ella define, las pautas internacionales en materia de derechos humanos no se ajustan con exactitud a las necesidades de ciertos ciudadanos. Las comunidades indígenas, los colectivos de la diversidad sexual, los inmigrantes, las poblaciones excluidas, históricamente no participaron en la edificación de los marcos conceptuales a partir de los cuales se crean e interpretan las normas jurídicas. Por lo tanto, pretender someter realidades olvidadas a parámetros emergentes de la hegemonía global acaba arrojando un saldo contraproducente en la efectiva vigencia de los derechos humanos.



El margen de apreciación nacional, entendido como un espacio interpretativo orientado a recoger la pluralidad frente uniformidades cuestionadas, nos posiciona ante el desafío de comenzar a inaugurar nuevos andariveles en su aplicación. La Administración pública, por la inmediatez que la une con las necesidades ciudadanas, es un ámbito próspero para acreditar la instrumentalidad humanista de un instituto hasta entonces cuestionado.

## 5. REFERENCIAS

BARBOSA DELGADO, Franciso. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n°26, p.107-135. 2011.

BAZÁN, Victor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Chile, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe n° 30/93, "José Efraín Mont Vs. Guatemala", sentencia de 12 de Octubre de 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Godínez Cruz Vs. Honduras", sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, n°5.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 14 de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 9 de diciembre de 1994. Serie A, n°14.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "La última tentación de Cristo contra Chile", sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, n°73.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Durand Ugarte Vs. Perú". Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, n°68.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Lori Berenson Mejía Vs. Perú". sentencia de 15 de noviembre de 2004. Serie C, n°119.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de "La Masacre de Mapiripán Vs. Colombia". sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n°134.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Raxcacó Reyes Vs. Guatemala", sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n°133.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "Ximenes López Vs. Brasil." sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, n°149.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, nº158.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Suarez Rosero Vs. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 2007. Serie C, nº35.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay (fondo), sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, nº221.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, nº252, párrafo 318.

MARÍA CÁRCOVA, Carlos. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para descolonizar occidente*. Buenos Aires: CLACSO-Prometeo Libros, 2010.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “*El sistema interamericano de protección de derechos humanos Aspectos institucionales y procesales*”. 3. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 9, nº2, p. 531-622. 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Ciudad de México: Serie de doctrina Jurídica, nº.106, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. III. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: Comparación*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

LETSAS, George. *Theory of interpretation of the European Convention of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, p. 23-52. 1994.

NUÑEZ POBLETE, Manuel. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada y el THELOS Constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.



SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación de los Derechos Humanos en las Jurisdicciones Nacional e Internacional. *Academia Nacional de Derechos y Sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires, año 42, segunda época, nº36, p.3-38. 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la constitución convencionalizada*, La Mancha, anuario, nº 14, Universidad de Castilla, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto 34/79, "Regina/Maurice Henn y John Frederick Darby", 14 de Diciembre de 1979.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Asunto c-172/00, Ferring Arzneimittel GmbH Vs. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH, 10 de Septiembre de 2002.