



AMICUS CURIAE

INTERVENCIÓN PRESENTADA POR LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

ANTE LA CORTE INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

EN EL CASO DE GRETTEL ARTAVIA MURILLO & OTROS V. COSTA RICA

INTRODUCCIÓN

1. Este informe Amicus Curiae es presentado respetuosamente en nombre de la Comisión Internacional de Juristas (ICJ) a la Honorable Corte Inter-Americana de Derecho Humanos (la Corte) en el caso *Grettel Artavia Murillo & Otros v. Costa Rica*. El ICJ agradece encarecidamente a la Corte por la oportunidad de presentar sus consideraciones sobre ciertas cuestiones legales surgidas de los alegatos del caso.
2. El ICJ es una organización internacional no gubernamental, establecida en 1952 y con sede central en Ginebra, Suiza. Se dedica a promover la comprensión y el cumplimiento del Estado de Derecho y la protección legal de los derechos humanos. Está compuesto de 60 eminentes juristas, que representan los diversos sistemas legales del mundo. Tiene varias secciones nacionales y organizaciones afiliadas. Goza de estatuto consultivo ante al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (UNESCO), el Consejo de Europa y la Unión Africana. Mantiene relaciones de cooperación con diversas entidades de la Organización de los Estados Americanos.
3. La legitimidad del interés del ICJ en el caso presente se manifiesta en el hecho de que trabaja para hacer cumplir el Estado de Derecho y asegurar la implementación de la ley internacional de derechos humanos a nivel nacional. En este contexto, trabaja para promover la conformidad de los Estados con sus obligaciones legales internacionales en materia de derechos humanos, para propiciar el acceso de las víctimas a compensaciones, incluyendo reparaciones, para respaldar los esfuerzos por combatir la impunidad y para garantizar la responsabilidad legal por la violación de los derechos humanos.

RESUMEN DE PROPÓSITOS: ASUNTOS DOCTRINALES CLAVE EN CUESTIÓN

4. El asunto inmediato que esta Corte tiene ante sí concierne a la regulación del tratamiento de fertilización *in vitro* (*in vitro*) y la medida en la cual un Estado miembro de la Convención Americana está capacitado para limitar su disponibilidad. Los demandantes alegan que Costa Rica ha violado su obligación de respetar su derecho a la protección de la vida privada y familiar y su derecho a fundar una familia, según exigen los Artículos 11 y 17 de la Convención junto con los Artículos 1 y 2. Sostienen que esta violación se produjo como consecuencia de una restricción impermissible de sus derechos por parte del Estado demandado, en la forma de una prohibición legal completa de *in vitro*.
5. En sus hechos mismos, el caso ya presenta a la Corte una serie de problemas complejos que involucran un amplio espectro de disposiciones de la Convención. La decisión de la Corte tendrá consecuencias importantes para los individuos de Costa Rica que no pueden tener hijos sin la asistencia de *in vitro*.
6. Sin embargo, las implicaciones de la decisión de la Corte se extenderán también más allá de los hechos y derechos actualmente en cuestión. Los argumentos del Estado demandado y los de algunos *Amici* invocan la doctrina del margen de apreciación de la Corte Europea de Derechos Humanos¹. Al hacerlo, plantean preguntas doctrinales importantes en relación con la naturaleza y el alcance de la capacidad de los Estados miembros para imponer restricciones al goce y el ejercicio de un derecho bajo la Convención Americana. Estas cuestiones acarrearán determinaciones legales de un alcance potencialmente muy amplio en cuanto a los principios y la doctrina interpretativa que debe guiar a la Corte, tanto para evaluar la permisibilidad de restricciones bajo la Convención, como para definir su propio rol al emprender tal evaluación.
7. En los párrafos que siguen, el ICJ intentará esbozar una serie de consideraciones relativas al derecho y la política internacional relevantes para las deliberaciones de la Corte sobre estas cuestiones.

RESTRICCIONES ESTATALES LÍCITAS SOBRE LOS DERECHOS: EL ENFOQUE DIVERGENTE DE LAS AUTORIDADES SUPRANACIONALES QUE ESTÁ EN CUESTIÓN EN ESTE CASO

8. Es un principio establecido del derecho internacional, común a todos los principales regímenes supranacionales de derechos humanos, que no todos los derechos protegidos son absolutos. En efecto, cada marco supranacional incorpora el principio de que es lícito que ciertos derechos estén sujetos a restricción estatal². Sin embargo, es una regla igualmente establecida que tales

¹ Argumento oral final de Costa Rica, 6 de septiembre de 2012

² Véase por ejemplo los artículos 5(1), 17, 18 del ICCPR; Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights; Observación general No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 26 de mayo de 2004, Para.6; HRC Observación general no. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, Paras. 21 et seq. HRC Observación general No. 27, Libertad de circulación,

restricciones son lícitas sólo en la medida en que lo prevean las disposiciones del instrumento internacional que consagra el derecho en cuestión. Por ejemplo, los regímenes legales establecidos tanto bajo el ICCPR como la ECHR someten las restricciones estatales a un criterio riguroso, especificando universalmente que no serán lícitos a menos que sus términos, su forma y sus efectos se ajusten a los requisitos especificados por las disposiciones del tratado relevante y la jurisprudencia de las Cortes supranacionales o los mecanismos de control concernidos³. De igual manera, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos expresan estos criterios o requisitos en términos muy similares: las restricciones deben estar prescriptas por la ley, tener un propósito legítimo, y ser necesarias para una sociedad democrática. A su vez, este último requisito supone que la medida debe ser necesaria y proporcionada⁴.

9. La pertinencia de este régimen y del mismo criterio, definido en términos generales, en el marco de la Convención Americana, no está en cuestión en el presente caso. Los peticionarios y el Estado aceptan que ciertos derechos garantizados por la Convención, incluyendo la privacidad y la vida familiar, estén sujetos lícitamente a restricciones por parte del Estado. En efecto, como esta Corte ha declarado en varias oportunidades, el derecho a la vida privada, incluida la vida familiar, el hogar y la correspondencia, “no es un derecho absoluto y puede ser restringido por los Estados”⁵. Tampoco está en cuestión el hecho de que el marco Inter-Americano de derechos humanos imponga límites estrictos a los Estados para establecer restricciones. Los términos de la Convención sostienen claramente que las restricciones no podrán suprimir o restringir el goce de los derechos concernidos en una medida mayor a lo estipulado por la Convención⁶. Así, por ejemplo, la Convención dispone explícitamente que las restricciones al derecho a la privacidad y la vida familiar no podrán ser “abusivas ni arbitrarias”⁷. El caso tampoco exige de la Corte que revise hasta qué punto el sistema Inter-Americano está en línea con los otros dos marcos supranacionales anteriormente citados en su descripción del criterio amplio contra el cual deben evaluarse las medidas estatales de restricción de derechos. Esta Corte describe el criterio de evaluación relevante en términos similares, sosteniendo que una restricción “debe ajustarse a los siguientes requisitos: (a) debe ser establecida por ley; (b) debe tener un propósito legítimo; y (c) debe ser apropiada, necesaria y proporcionada”⁸.

CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, Paras.11 et seq. Véase también Artículos 17, 18 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; Véase también International Court of Justice, Advisory Opinion on Wall, Para. 136

³ Ibid.

⁴ Ibid. Estos criterios se aplican a disposiciones de derechos relativos, entre otras cosas, a la libertad de expresión, reunión, pensamiento, conciencia y religión, a la vez que a los derechos a la privacidad, la vida familiar y la propiedad. Un criterio aparte puede regular las derogaciones estatales de derechos en estado de emergencia.

⁵ Caso Escher et al. v. Brasil Sentencia del 6 de Julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Para. 116. Ver también, Caso Tristán Donoso v. Panamá Sentencia del 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Para. 56.

⁶ Artículo 29, Convención Americana.

⁷ Artículo 11(2) Convención Americana; Caso Escher et al. v. Brasil Sentencia del 6 de Julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Paras. 116 y 129; Caso Tristán Donoso v. Panamá Sentencia del 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Paras. 55, 56 y 76.

⁸ Caso Escher et al. v. Brasil Sentencia del 6 de Julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Para. 129; Caso Tristán Donoso v. Panamá Sentencia del 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Para. 76. En estos casos la Corte también ha sostenido que estos requisitos son

10. Son motivo de preocupación, en cambio, el enfoque y la doctrina interpretativos a ser empleadas por la Corte para determinar la conformidad de una cierta restricción estatal con estos criterios generales ya acordados. Ya que en respuesta al alegato de los Demandantes, según el cual la prohibición completa de *in vitro* en Costa Rica representa una restricción impermissible sobre sus derechos a la privacidad y la vida familiar, el Estado demandado y algunos *Amici* alegan que al momento de considerar la proporcionalidad y la necesidad de la prohibición, la Corte debe invocar la doctrina judicial del “margen de apreciación” de la Corte Europea. Argumentan que, de hacerlo así, se le estaría acordando a Costa Rica un margen de apreciación “amplio”, que le permitiría un ejercicio considerablemente discrecional en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de la prohibición, limitando por lo tanto el rol de la Corte en la evaluación de la conformidad de las disposiciones con los requisitos de la Convención⁹.
11. La invocación de esta doctrina por parte de la Corte en el presente caso marcaría su introducción en la jurisprudencia de la Corte por primera vez¹⁰. Supondría un alejamiento significativo respecto de su enfoque de la restricción de derechos y en relación con el de otras entidades supranacionales como el Comité de Derechos Humanos. Se separaría del principio de interpretación centrado en las víctimas que aplica usualmente esta Corte. Tendría, a la vez, implicaciones institucionales y políticas más amplias en relación con el rol de la Corte como cuerpo jurisdiccional preeminente dentro del marco Inter-Americano de derechos humanos.

EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA CORTE EUROPEA: UNA DOCTRINA INTERPRETATIVA DE RESTRICCIÓN JUDICIAL Y DISCRECIÓN ESTATAL

12. Lo fundamental de la doctrina del margen de apreciación de la Corte Europea es la imposición, por parte de la Corte, de diferentes grados de auto-limitación en su evaluación de la conducta estatal. La doctrina fue referida primeramente por la Corte Europea en casos vinculados con la seguridad nacional y declaraciones de estado de emergencia¹¹. Sin embargo, desde entonces la Corte ha extendido su aplicación mucho más allá de sus límites iniciales, siendo invocada regularmente en circunstancias tales como cuestiones de seguridad nacional en sentido más amplio, restricción de derechos en la administración de justicia, restricción de la libertad de expresión y restricciones sobre la privacidad y los derechos familiares como consecuencia de intereses morales¹².

acumulativos y que cada criterio individual debe ser cumplido: “el incumplimiento de cualquiera de estos estándares implica que la medida contradice la Convención”.

⁹ Argumento oral final de Costa Rica, 6 de septiembre de 2012. Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

¹⁰ Aunque la Corte se refirió a la frase “margen de apreciación” una vez en una opinión consultiva del año 1984, no parece que el propósito haya sido invocar un concepto legal en la forma de la doctrina del margen de apreciación como es aplicado por la Corte Europea de Derechos Humanos. En su lugar, parece reflejar el uso por parte de la Corte de una frase que describe el grado de discrecionalidad disponible a los Estados al otorgar la condición de ciudadanía. Opinión Consultiva, OC-4/84 del 19 de Enero de 1984

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.

¹¹ *Lawless v. Ireland*, 1 de julio de 1961; *Ireland v. UK*, Aplicación no. 5310/71, 18 de enero de 1978.

¹² Para una muestra representativa de casos, véase: *Handyside v. the UK*, 7 de diciembre de 1976; *Sunday Times v. United Kingdom*, 1979; *Evans v. UK* (Aplicación no. 6339/05), 7 de marzo de 2006; *ABC v. Ireland*, 16 de

13. Bajo esta doctrina, la disposición de la Corte para efectuar una revisión sustantiva de hasta qué punto una cierta restricción estatal se ajusta a los requisitos interconectados de necesidad y proporcionalidad, dependerá en cada caso de una cantidad de factores en juego. Entre estos factores, se incluye: la naturaleza de los derechos en cuestión, la importancia, ya reconocida por la Corte, ya desde la perspectiva nacional, del “interés” que la restricción busca proteger y de en qué medida exista ya un enfoque consensuado sobre el asunto en cuestión entre los Estados miembros de la Convención Europea¹³.
14. En los casos en que la Corte Europea no considera que corresponda conceder un alto grado de importancia al interés en cuestión, o donde encuentra un enfoque consensuado entre los Estados miembros de la Convención, el “margen de apreciación” que esta conceda al Estado será pequeño o ninguno en absoluto. En tales circunstancias la Corte emprenderá una revisión profunda para determinar hasta qué punto la medida en cuestión se ajusta a los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, cuando la Corte considere que el interés en juego es de la mayor importancia nacional, o donde entienda que no existe un enfoque consensuado entre los Estados miembros, concederá al Estado demandado un margen de apreciación más amplio. Podrá luego limitar la amplitud de detalle con que llevará a cabo su propia evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de una cierta medida estatal, sosteniendo que en tales casos el Estado está en mejor posición para decidir si se ajusta o no a ese criterio. Crecientemente, en tales casos, luego de haber encontrado que existía un amplio margen, la Corte pasará rápidamente a considerar que la restricción en cuestión era permisible¹⁴.

INTRODUCIR LA DOCTRINA SUPONDRÍA UN ALEJAMIENTO SIGNIFICATIVO EN EL ENFOQUE DE ESTA CORTE RESPECTO DE SU ROL EN LA REVISIÓN DE RESTRICCIONES ESTATALES.

15. El enfoque de la discreción estatal y la abstención de revisión sustantiva de la conducta estatal que ha desarrollado la Corte Europea a través de la doctrina del margen de apreciación, hasta la fecha no encuentra equivalentes o paralelos en la jurisprudencia de esta Corte. En efecto, parecería que el uso de una terminología similar por parte de distintas autoridades legales para describir el criterio básico que debe cumplir una restricción estatal, no supone que esas autoridades estén recurriendo a la misma doctrina y enfoque interpretativos a la hora de evaluar la conformidad. Tampoco implica que alcanzarán las mismas conclusiones en cuanto a la permisibilidad.
16. En efecto, esta Corte no ha aludido jamás a una esfera de discreción estatal que estaría determinada por el interés estatal y la opinión pública del país en cuestión, o en relación con la existencia de un enfoque común entre los

diciembre de 2010, Aplicación No. 25579/05; *Zana v. Turkey*, Aplicación No. 69/1996/688/880, 25 de noviembre de 1997.

¹³ Ibid.

¹⁴ *ABC v. Ireland*, 16 de diciembre de 2010, Aplicación no. 25579/05. Véase también: *Allowing the Right Margin, The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, Dean Spielmann, actual Presidente y Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, escrito extra-judicial.

Estados miembros de la Convención Americana. En cambio, en las oportunidades en que se le ha requerido que examine las restricciones estatales de derechos, la Corte ha explicitado consistentemente su voluntad de “analizar detalladamente”¹⁵ la conformidad de la medida en cuestión con el criterio relevante. Esto ha supuesto una evaluación clara y definitiva por parte de la Corte, que ha emprendido una revisión completa y sustantiva, criterio por criterio, de una restricción dada y de sus efectos sobre los titulares de ese derecho¹⁶. Al considerar los requisitos interconectados de necesidad y proporcionalidad, la Corte analizará la medida en relación a lo siguiente: (a) ¿ha sido diseñada la medida para cumplir un interés público esencial?, (b) ¿consigue eficazmente su cometido?, (c) ¿es la medida menos restrictiva posible?¹⁷

17. En relación a este último requisito que persigue la medida de menor restricción, que los demandantes del caso presente alegan contradicho por la prohibición total del Estado sobre *in vitro*, la Corte sostiene que la opción “que restrinja en menor medida el derecho protegido debe ser elegida”¹⁸, y enfatiza que la restricción debe ser concebida de manera tal que no limite el derecho en medida mayor que la necesaria¹⁹. La Corte emprenderá su propia revisión y evaluación detalladas de la medida considerada, de la manera en que restringe el derecho en cuestión, y la evaluará contrastándola con las medidas posibles alternativas²⁰. En efecto, sin bien es sólo a este respecto que la Corte tendrá en cuenta la práctica de otros Estados en cuanto al problema en cuestión, su propósito no es determinar si existe un enfoque común o si corresponde adjudicar al Estado demandado un margen de discreción. Antes bien, su voluntad ha sido la de llevar a cabo una evaluación propia que permita determinar si existen, y en tal caso cuáles, posibles opciones menos restrictivas²¹. Este enfoque confirma la intención de la Corte de emprender, en cada caso, una evaluación completa para decidir si cada uno de los requisitos sustantivos ha sido cumplido al considerarlos a la luz de las experiencias particulares de los individuos demandantes.

18. La metodología de esta Corte al emprender una evaluación completa y sustantiva de las restricciones estatales mediante un análisis caso por caso, se alinea con la que sigue el Comité de Derechos Humanos, que también emprende evaluaciones completas, paso a paso, de cada restricción estatal. El Comité ha sostenido que, al evaluar la necesidad y la proporcionalidad, determinará por sí mismo, en base a los hechos, si las restricciones son “apropiadas para cumplir su función protectora ... el instrumento menos

¹⁵ Véase por ejemplo Caso Ricardo Canese v. Paraguay Sentencia del 31 de agosto de 2004, Para. 96

¹⁶ Caso Castañeda Gutman v. México Sentencia del 6 de agosto de 2008; Caso Ricardo Canese v. Paraguay Sentencia del 31 de agosto de 2004; Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica Sentencia del 2 de julio de 2004; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. v. Paraguay Sentencia del 17 de junio de 2005; Caso Escher et al. v. Brasil Sentencia del 6 de Julio de 2009; Caso Tristán Donoso v. Panamá Sentencia del 27 de enero de 2009.

¹⁷ Caso Castañeda Gutman v. México Sentencia del 6 de agosto de 2008, Para. 186

¹⁸ Advisory Opinion OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Para. 46; Caso Ricardo Canese v. Paraguay Sentencia del 31 de agosto de 2004, Para. 96; Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica Sentencia del 2 de julio de 2004, Para. 121; Comunidad Indígena Xákmok Kásek. v. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, Para. 145.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Véase por analogía el razonamiento de la Corte en el Caso Castañeda Gutman v. México Sentencia del 6 de agosto de 2008, Para.196.

²¹ Véase por ejemplo, Caso Castañeda Gutman v. México Sentencia del 6 de agosto de 2008, Para.196

intrusivo entre aquellos que podrían cumplir su función protectora ... proporcionado al interés a ser protegido”²². A este respecto, el Comité subraya que, al imponer restricciones sobre ciertos derechos, un Estado “debe demostrar de manera específica e individualizada”²³ su conformidad con cada uno de los criterios especificados.

19. En efecto, esta Corte y el Comité de Derechos Humanos no sólo se han abstenido de introducir la doctrina; sus componentes, además, han sido identificados por la Corte y el Comité como irrelevantes para sus consideraciones.
20. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido explícitamente la distinción entre la doctrina y el marco legal del ICCPR, especificando que, bajo el Pacto, la capacidad de un Estado para restringir derechos “no debe ser evaluado con referencia a un margen de apreciación sino con referencia a las obligaciones que ha tomado a su cargo”²⁴. El Comité se ha reservado la evaluación de en qué medida, en una situación dada, la restricción de un derecho se ajusta con el criterio de necesidad y proporcionalidad, recordando una vez más que ésta no debe ser evaluada con referencia a un “margen de apreciación”²⁵.
21. Por su parte, esta Corte ha especificado que los derechos no pueden ser restringidos de acuerdo a la discreción de los gobiernos²⁶ y ha sostenido que un asunto que “pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”²⁷.

INTRODUCIR LA DOCTRINA TENDRÍA IMPLICACIONES POLÍTICAS E INSTITUCIONALES SIGNIFICATIVAS: CRÍTICAS & PREOCUPACIONES

22. La cautela que esta Corte ha expresado implícitamente en relación al margen de apreciación, y que encuentra un eco en el rechazo explícito de la doctrina que ha hecho el Comité de Derechos Humanos, está en sintonía con críticas y preocupaciones significativas que un amplio espectro de actores y autoridades de primer nivel ha expresado en relación a la doctrina. En palabras de un jurista: “el margen de apreciación es el ‘producto’ más controvertido de la Corte Europea de Derechos Humanos”²⁸. En efecto, es notable que en

²² Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, Para. 34

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, Para. 35

²⁴ Comité de Derechos Humanos, *Lansman v. Finland*, Comunicación no. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, 1994, Para. 9.4

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, Para. 36

²⁶ *Advisory Opinion OC-6/86*, 9 de mayo de 1986, The word “laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Paras. 22 & 26

²⁷ *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile* Sentencia del 24 de febrero 2012, Para. 92

²⁸ S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, p.527

negociaciones globales de las Naciones Unidas de un nuevo Protocolo Opcional para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establecía un mecanismo de comunicación individual, la mayoría de los Estados rechazaron casi unánimemente una propuesta que pretendían incluir una referencia textual a la doctrina²⁹. El Protocolo Opcional fue adoptado en 2008 sin tal referencia. En este contexto, muchos Estados miembros de la Convención Americana expresaron la opinión de que no era apropiado incluir la doctrina en un marco supranacional de derechos humanos, y observaron que el concepto era ajeno a sus sistemas de revisión judicial y legal³⁰.

23. Aunque variadas y con matices, estas preocupaciones están vinculadas, en última instancia, a las implicaciones institucionales y políticas que surgen del rol que la doctrina le asigna a la Corte, a la vez que a la amplitud excesiva de la discreción que le concede al Estado en la toma de decisiones, la cual es contradictoria con el objetivo y el propósito de un instrumento internacional de derechos humanos. La doctrina puede servir para socavar el rol de la Corte al enunciar claramente lo que estipula el tratado.

24. *Los cuerpos jurisdiccionales supranacionales limitan el ejercicio de sus funciones apropiadas convencionales de revisión.* Algunas de las preocupaciones clave en cuanto a la aplicación de la doctrina se vinculan con el hecho de que para muchos comentaristas supone una abdicación de responsabilidad por parte de la Corte Europea cuando se trata de cuestiones políticamente sensibles o socialmente controvertidas, permitiendo por tanto a los Estados un grado de inmunidad en relación con esas cuestiones³¹. En palabras de un jurista, hay un amplio consenso entre especialistas en cuanto a que la doctrina supone “un nivel de revisión europea que es menos profunda que la revisión que la Corte tiene derecho a hacer sobre la base de su ‘jurisdicción plena’”³². En efecto, un juez de la Corte Europea ha indicado que en ciertos momentos de la doctrina de algún modo la “Corte renuncia a aplicar su poder de revisión – si en efecto es posible hablar de una renuncia”³³.

25. *La doctrina se extiende más allá de la discreción del Estado para tomar decisiones relativas a los mecanismos nacionales de implementación de derechos.* Está fuera de discusión que los Estados pueden efectivizar aceptablemente sus obligaciones internacionales de derechos humanos de

²⁹ Véase: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su quinto período de sesiones, UN/A/HRC/8/7*, 23 de mayo de 2008

³⁰ Ibid

³¹ Para una selección de opiniones: Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 386 et seq; Ni Aolain, *The Emergency of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence*, *Fordham International Law Journal*, October, 1995; Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999; Lord Lester of Herne Hill, “The European Court of Human Rights after 50 Years”, *European Human Rights Law Review*, 2009, p. 474; Para una discusión general de opiniones relativas a la doctrina: *Allowing the Right Margin, The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, Dean Spielmann, actual Presidente y Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, escrito extra-judicial.

³² J. Callewaert, “Quel avenir pour la marge d’appréciation ?”, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold and L. Wildhaber (ed.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, p. 149.

³³ *Allowing the Right Margin, The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, Dean Spielmann, actual Presidente y Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, escrito extra-judicial.

muchas maneras. En el ámbito de las restricciones estatales sobre los derechos, el rol apropiado para una autoridad supranacional no ha de involucrar necesariamente la prescripción de la forma exacta, en el caso concreto, que debe tomar una cierta restricción para ajustarse al tratado. Antes bien, su tarea ha de ser la de identificar qué conducta estatal infringirá el tratado bajo su jurisdicción, e inversamente, considerar hasta qué punto una ley o práctica particular es compatible con el cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado. Sin embargo, la doctrina del margen de apreciación podría limitar el rol apropiado de la autoridad supranacional para emprender esta evaluación.

26. *Los estándares convencionales en relación con las restricciones estatales ya suponen de por sí una discreción estatal significativa.* Algunas preocupaciones significativas en relación a la doctrina derivan del hecho de que el concepto de permisibilidad para las restricciones estatales de derechos implica ya necesariamente un grado de discreción estatal inherente en la implementación de compromisos de derechos humanos. Por su naturaleza misma, los componentes legales de necesidad y proporcionalidad habilitan un grado importante de flexibilidad y libertad y permitan al Estado justificar su interferencia en los derechos. A la vez genera un espacio de maniobra adicional, definido de forma imprecisa en relación con el interés nacional y la práctica y proceder de otros Estados, la doctrina del margen de apreciación amplía la discrecionalidad del Estado por encima y más allá de la que ya se encuentra implícita en las disposiciones expresas del tratado respecto de las restricciones.

27. *La conformidad del Estado con los compromisos derivados de los tratados internacionales no debe ser evaluada con deferencia absoluta por los intereses estatales, la opinión pública nacional o las prácticas de otros Estados.* Se han expresado preocupaciones considerables en relación con las implicaciones que tendría la doctrina para la universalidad de los derechos humanos y la integridad de las leyes y estándares internacionales. Ellas se vinculan ante todo con la deferencia y la relevancia que se concede al interés nacional y la opinión pública local, a la vez que a la conducta de otros Estados miembros, junto con una preocupación por la creciente relatividad de los derechos en ciertos ámbitos controvertidos o sensibles. La introducción de estos elementos como puntos clave de referencia en un marco internacional de derechos humanos, contradice tanto la naturaleza universal de los compromisos legales a los que han consentido los Estados, como el propósito central del sistema en tanto proveedor de garantías legales para los titulares de derechos en todos los Estados miembros, más allá de las costumbres sociales en juego en el Estado miembro en cuestión. Más aún, permitir que las restricciones estatales limiten el ejercicio de derechos en el ámbito personal por respeto a la opinión pública y/o a las opiniones religiosas o morales mayoritarias, podría socavar la naturaleza de las garantías de derechos humanos, tanto como las medidas preventivas que demanda el pluralismo social y la protección de los derechos de los individuos de su anulación por parte de la mayoría. Como ha subrayado esta Corte, “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación

social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social”³⁴

28. *La doctrina podría devenir la piedra de toque institucional para los Estados miembros que persiguen una forma más limitada de revisión judicial.* En el sistema europeo, la doctrina del margen de apreciación se ha convertido en un elemento central para los cuestionamientos políticos que ciertos gobiernos han efectuado de las revisiones de la Corte, considerando que la Corte, habiendo desarrollado la doctrina del margen de apreciación, aplica un margen demasiado limitado en ciertos casos, entrometiéndose injustificadamente en la soberanía nacional³⁵. Los gobiernos de algunos Estados miembros han buscado dar forma a la doctrina a través de Declaraciones Ministeriales y enmiendas a la Convención, de modo de prescribir la amplitud del margen de apreciación y por tanto limitar el espectro de la revisión por parte de la Corte de los compromisos que los Estados mantienen con la Convención. En particular, durante las negociaciones de la Declaración de Brighton sobre el futuro de la Corte Europea de abril de 2012, los primeros borradores reclamaban la codificación del margen de apreciación en la Convención, y afirmaban que los Estados debían gozar de un margen de apreciación “considerable” para la aplicación de los derechos derivados de la Convención, sin referencia alguna a la naturaleza de los derechos o a las circunstancias en juego³⁶. Finalmente estas propuestas fueron rechazadas por los Estados miembros, y la Declaración de Brighton final reclamaba apenas una mera referencia a la doctrina en el preámbulo de la Convención³⁷. Sin embargo, el debate demuestra el potencial de la doctrina para los gobiernos como salvoconducto para presionar injustificadamente a la Corte³⁸.

Preocupaciones desde dentro de la Corte Europea de Derechos Humanos

29. En efecto, en diversos grados, tales preocupaciones han tenido eco dentro de la propia Corte Europea, y la doctrina ha sido objeto de opiniones parcialmente divergentes por parte de una serie de jueces de la Corte Europea en una variedad de casos.
30. En su opinión parcialmente disidente en *Z v. Finland*, el Juez de Meyer ofreció la crítica doctrinal más explícita de la doctrina que haya salido desde dentro de la Corte Europea. Expresó allí la siguiente opinión:

En la presente sentencia, la Corte vuelve a invocar el “margen de

³⁴ Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Para. 120

³⁵ Véase, por ejemplo, Discurso de David Cameron, Primer Ministro del Reino Unido, 25 de enero de 2012.

³⁶ Boceto de la Declaración de Brighton, 23 de febrero de 2012, <http://www.guardian.co.uk/law/interactive/2012/feb/28/echr-reform-uk-draft?INTCMP=SRCH>

³⁷ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Declaración de Brighton, <http://hub.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>, Para. 12.a and b.

³⁸ La Corte misma se opuso a estas propuestas y el presidente de la Corte enfatizó, extrajudicialmente, la preocupación de la Corte frente a esta y otras propuestas relacionadas que conllevan “la idea de que los gobiernos pueden de algún modo dictarle a la Corte cómo debe evolucionar su jurisprudencia o cómo debe llevar a cabo las funciones judiciales que le fueron conferidas”. High Level Conference, Brighton, Discurso de Sir Nicholas Bratza. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8D587AC3-7723-4DB2-B86F-01F32C7CBC24/0/2012_BRIGHTON_Discours_Bratza_EN.pdf

apreciación” de las autoridades nacionales. Considero que es hora de que la Corte aparte este concepto de sus razonamientos. Ya se ha demorado demasiado tiempo en abandonar esta frase trillada y en abjurar del relativismo que implica. Es posible concebir un margen de apreciación en ciertos dominios. Es, por ejemplo, absolutamente natural que un juzgado en lo penal dicte sentencia – dentro del espectro de penalidades dispuestas por la legislatura – de acuerdo a su propia evaluación de la gravedad del caso. Pero en lo que atañe a los derechos humanos, no hay lugar para un margen de apreciación que permitiría decidir a los Estados qué es aceptable y qué no. En este tema, la frontera infranqueable debe ser tan clara y precisa como sea posible. Corresponde a la Corte, y no a cada Estado individualmente, decidir esta cuestión, y la opinión de la Corte debe aplicarse a todos dentro de la jurisdicción de cada Estado³⁹.

31. Otros jueces han criticado a su vez la disposición creciente de la Corte para invocar la doctrina en relación con una cantidad siempre mayor de cuestiones legales y de asuntos ligados a derechos. Por ejemplo, en una opinión concurrente en *Egeland and Hanseid v. Norway*, el juez Rozakis discutió la introducción de la doctrina en el razonamiento de la Corte en el caso, enfatizando que, en su opinión, “la Cámara ha aplicado en las circunstancias del caso el concepto de margen de apreciación con un cierto grado de automatismo”⁴⁰, a pesar de que los hechos del caso no “permitían” su introducción. Subrayó también lo siguiente:

Si el concepto del margen de apreciación tiene acaso algún sentido en las condiciones actuales de la jurisprudencia de la Corte, sólo debe ser aplicado en los casos en que, luego de minuciosa consideración, puede establecerse que las autoridades nacionales estaban efectivamente mejor posicionadas que la corte para evaluar las condiciones “locales” y específicas de orden nacional, a la vez, consecuentemente, se encontraban en posesión de un conocimiento mayor que el de una corte internacional para decidir cómo enfrentar, de la manera más apropiada, el caso en cuestión. Entonces, y sólo entonces, podrá renunciar la Corte a su potestad de examinar, en profundidad, los hechos del caso, y limitarse a una simple supervisión de las decisiones nacionales, sin tomar el lugar de las autoridades nacionales, sino examinando, en cambio, su razonabilidad y la ausencia de arbitrariedad⁴¹.

32. Más recientemente, en una opinión conjunta disidente en *ABC v. Ireland*, un grupo de jueces expresaron gran preocupación por la trayectoria del desarrollo de la doctrina, a la vez que por su expansión por parte de la opinión

³⁹ Caso Z v. Finland, Aplicación No. 9/1996/627/811, 25 de febrero de 1997, Opinión parcialmente disidente del Juez de Meyer, Para.III

⁴⁰ Caso *Egeland & Hanseid v. Norway*, Aplicaciones nos. 34438/04, 16 de abril de 2009, Opinión concurrente del Juez Rozakis, Para. (a)

⁴¹ *Ibid.*

mayoritaria en ese caso⁴². Si bien no buscaron derogar la doctrina *per se*, expresaron alarma por el grado de discrecionalidad estatal que permite. En ese caso, al encontrar que la restricción de los derechos de dos de los demandantes era permisible, la mayoría de la Corte consideró que, a pesar de existir un consenso claro entre los Estados miembros en cuanto al asunto en cuestión, el Estado disponía todavía de un amplio margen de apreciación, como consecuencia de la importancia adjudicada al interés en juego a nivel nacional, según lo evidenciaban “las opiniones morales profundas del pueblo irlandés”⁴³. Según los jueces disidentes, esto marcaba un alejamiento considerable: “ésta es una de las raras ocasiones en la jurisprudencia de la Corte en que Estrasburgo considera que tal consenso no restringe sin embargo el amplio margen de apreciación del Estado en cuestión”⁴⁴. En su opinión, la restricción en juego sí había producido una violación de la Convención; y la opinión disidente enfatizaba su profundo desacuerdo con el enfoque mayoritario respecto del “margen de apreciación”, especificando que “aleja la atención del caso del asunto primordial”⁴⁵, “basa la argumentación del caso en dos premisas discutibles”⁴⁶, y en algunos aspectos refleja un argumento “circular”⁴⁷.

33. Más específicamente, la opinión disidente expresa considerable alarma respecto del peso atribuido por la Corte a la opinión pública nacional:

Es la primera vez que la Corte ha desestimado la existencia de un consenso europeo en nombre de “profundas opiniones morales”. Aun suponiendo que estas profundas opiniones morales estén todavía muy arraigadas en la conciencia de la mayoría del pueblo irlandés, suponer que esto pueda anteponerse al consenso europeo, que avanza en una dirección totalmente distinta, es un nuevo alejamiento real y peligroso en la jurisprudencia de la Corte. Una Corte que, hasta el momento, no ha hecho nunca distinciones entre lo moral y otras creencias a la hora de determinar el margen de apreciación que debe concedérsele a los Estados cuando existe un consenso europeo”⁴⁸.

34. Otra opinión independiente en el caso puso en discusión el enfoque mayoritario, que pasó de encontrar un amplio margen de apreciación en el caso a considerar que la restricción en cuestión era permisible. Al hacerlo, la Corte no tomó a su cargo llevar a cabo su propia estimación y evaluación del impacto de la restricción sobre los individuos demandantes, considerando sus circunstancias particulares y específicas. Según esta opinión independiente, incluso cuando exista un amplio margen de apreciación, es vital que la Corte lleve a cabo una evaluación propia individualizada⁴⁹.

⁴² Caso ABC v. Ireland, Aplicación No. 25579/05, 16 de diciembre de 2010, Opinión disidente Conjunta de los Jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvela, Malinverni and Poalenlungi.

⁴³ Caso ABC v. Ireland, Aplicación No. 25579/05, 16 de diciembre de 2010, Para. 21

⁴⁴ Caso ABC v. Ireland, Aplicación No. 25579/05, 16 de diciembre de 2010, Opinión disidente conjunta de los Jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvela, Malinverni and Poalenlungi, Para. 6

⁴⁵ Ibid. Para. 7

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid. Para. 8

⁴⁸ Ibid. Para 9

⁴⁹ Caso ABC v. Ireland, Aplicación no. 25579/05, 16 de diciembre de 2010, Opinión Concurrente del Juez Lopez Guerda, compartida por el Juez Casadevall, Paras. 3-4

CONCLUSIÓN: INTRODUCIR LA DOCTRINA SIMBOLIZARÍA UN ALEJAMIENTO DEL ENFOQUE CENTRADO EN LAS VÍCTIMAS, EN LA DIRECCIÓN DE UN MARGEN ESTATAL MAYOR

35. En 2001, un jurista brasileño de primera línea expresó que la aplicación de la doctrina por parte de esta Corte iría en contradicción con el enfoque centrado en las víctimas que ha sido la piedra angular de su jurisprudencia y que la identifica como una abanderada de la protección de los derechos y de la justicia entre todos los cuerpos jurisdiccionales supranacionales. Escribió: “la doctrina del margen de apreciación requiere una revaluación profunda. Afortunadamente, la doctrina no ha encontrado un desarrollo equivalente explícito en la jurisprudencia de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos”⁵⁰. Por otra parte, en tanto juez de esta Corte, en una opinión concurrente, el mismo jurista notó que “Si otros órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos han incurrido en las incertidumbres de una interpretación fragmentadora, por qué tendría la Corte Interamericana que seguir este camino, abdicando de su jurisprudencia de vanguardia, que le ha valido el respeto de los beneficiarios de nuestro sistema de protección así como de la comunidad académica internacional”⁵¹.
36. En tanto la doctrina del margen de apreciación prioriza la abstención judicial y el respeto por las consideraciones nacionales por encima del respeto del derecho de los titulares de derechos individuales al escrutinio y la justicia, esta Corte ha especificado coherentemente que el marco de la Convención “requiere que la Convención sea interpretada en favor del individuo, que es el objeto de la protección internacional”⁵². Por lo tanto, la Corte ha adoptado un enfoque de interpretación estricto en favor del individuo: la interpretación más favorable al ser humano debe prevalecer⁵³. En palabras de esta Corte, “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado”⁵⁴. Al aplicar este principio a la esfera de las restricciones de derechos, la Corte ha especificado que las restricciones pertenecientes a otros marcos internacionales que pudieran poner en peligro los derechos del individuo, no deben ser importadas al marco de la Convención⁵⁵.
37. Como se ha bosquejado hasta aquí, la trayectoria de la doctrina del margen de apreciación dentro de la jurisprudencia de la Corte Europea demuestra que su aplicación no puede ser limitada a un conjunto de hechos o a un conjunto

⁵⁰ Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 386 et seq.

⁵¹ Opinión concurrente de Cançado Trindade, *Caso López Álvarez v. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006

⁵² 13 de noviembre de 1981, *Sobre el asunto de Viviano Gallardo*, Decisión de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, Para. 16

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Para.106; *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Para. 181; *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Para. 84; *Advisory Opinion OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Para. 52

⁵⁵ *Advisory Opinion OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Para. 52

específico de derechos. Tampoco su contenido puede ser restringido. Su competencia y alcance se han desarrollado y expandido continuamente. Mientras tanto, se ha convertido en un punto de referencia en los esfuerzos de los Estados para contrarrestar la independencia judicial y limitar el rol de la Corte.

38. El caso de *Grettel Artavia Murillo & Otros v. Costa Rica* concierne una serie de problemas que no se han presentado a la Corte con anterioridad. Algunas de estas cuestiones son complejas y sensibles. Sin embargo, se presume que las cuestiones que involucra este caso pueden y deben ser consideradas dentro del marco del enfoque que la Corte ha desarrollado hasta aquí para las restricciones de derechos. Los principios y estándares legales que siempre ha aplicado se adecúan perfectamente a los asuntos nuevos y emergentes de derechos humanos. Las exigencias del caso presente no requieren la introducción en su jurisprudencia de la doctrina de otra Corte, que implicaría un paso atrás de la Corte respecto de su rol propio como examinador judicial, y que extiende la deferencia hacia las decisiones estatales hasta el punto de renunciar al deber de protección de los derechos individuales que supone el escrutinio judicial.



Leah Hoctor
Legal Advisor
Comision International de Juristas

Ginebra, 21/09/2012