

Margen de apreciación nacional: un análisis de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos a la luz de la crítica decolonial

National margin of appreciation: an analysis of the decisions of the inter-american court of human rights in light of decolonial criticism

María Eugenia Sánchez Montero¹
Marco Aurelio Farias da Silva²

244

Resumen: El Margen Nacional de Apreciación permite a los Estados miembros de un sistema regional de protección de los Derechos Humanos, excepcionalmente, no aplicar normas jurídicas guiadas por el principio de universalidad previsto en la normativa internacional para observar la cultura local; sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó de admitir la aplicación de esta teoría al considerar que América Latina no tiene las condiciones para hacerlo, a pesar de la rica cultura de esta parte del mundo. El tema es objeto de varias investigaciones, sobre todo porque involucra cuestiones locales de suma importancia para los diferentes pueblos de América Latina, llegando en ocasiones a su núcleo antropológico. El objetivo general de este trabajo es describir los elementos de convicción de dicha Corte para rechazar ampliamente la Teoría del Margen de Apreciación Nacional, sin tener en cuenta la protección del patrimonio cultural, y sus objetivos específicos son: identificar los criterios para aplicar esta Teoría; describir los precedentes de la Corte sobre la materia; analizar el principio de universalidad frente a la crítica decolonial; y realizar un breve estudio comparado con los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La metodología utilizada será dialéctica, con las técnicas de revisión bibliográfica y análisis documental. Los resultados apuntan a una protección sin precedentes en términos de tribunales internacionales, con el potencial de provocar alteraciones culturales.

Palabras clave: margen de apreciación nacional; crítica decolonial; derechos humanos.

¹ Abogada de los Tribunales del Ecuador (UTPL 2011), Magister en Derecho con mención en Estudios Judiciales (IAEN 2018) Analista Jurídica del Ministerio de Relaciones Laborables (2012) Funcionaria Judicial, Secretaria de Unidades Judiciales del Ecuador desde el 2015 y Docente en Educación Superior UTPL desde el 2022. Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-5391-1798>. E-mail: marusanchezm@hotmail.com

² Licenciado en Derecho (UFPE, 1990), Magíster en Derecho (FDIC, 2022), actualmente es Estudiante del Curso de Doctorado de la UNICAP y Miembro del Ministerio Público de Pernambuco, Brasil, desde 1994. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-4099-8607>. marcodhsilva@gmail.com

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Abstract: The National Margin of Appreciation allows member states of a regional system for the protection of Human Rights, exceptionally, not to apply legal norms guided by the principle of universality provided for in international regulations to observe local culture; However, the Inter-American Court of Human Rights stopped admitting the application of this theory, considering that Latin America does not have the conditions to do so, despite the rich culture of this part of the world. The topic is the subject of several investigations, especially because it involves local issues of utmost importance for the different peoples of Latin America, sometimes reaching their anthropological core. The general objective of this work is to describe the elements of conviction of said Court to broadly reject the Theory of the National Margin of Appreciation, without taking into account the protection of cultural heritage, and its specific objectives are: to identify the criteria to apply this Theory; describe the Court's precedents on the matter; analyze the principle of universality in the face of decolonial criticism; and carry out a brief study compared to the precedents of the European Court of Human Rights. The methodology used will be dialectical, with the techniques of bibliographic review and documentary analysis. The results point to unprecedented protection in terms of international courts, with the potential to cause cultural disruption.

Keywords: national margin of appreciation; decolonial criticism; human rights.

1 Introducción

La Teoría del Margen de Valoración Nacional, es una forma de diálogo entre órganos de garantía de derechos humanos, utilizada cuando una norma no está delimitada en su significado y alcance; por lo tanto, permite a los Estados miembros de un sistema regional de protección de los Derechos Humanos, excepcionalmente y utilizando criterios hermenéuticos, no aplicar normas jurídicas guiadas por el principio de universalidad, que es fundamental en los tratados de esta rama del derecho, pero que recibe críticas del movimiento descolonial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dejó de admitir la aplicación de esta teoría, al considerar que América Latina, no tiene las condiciones para hacerlo, debido a una serie de gobiernos dictatoriales, incluso frente a la riqueza cultural en esta parte del mundo, pero olvidó señalar que éste mecanismo puede ser importante para la protección del patrimonio cultural en términos del núcleo antropológico de un pueblo. Se señala que la CIDH ya permitió la aplicación del Márgen de Valorización Nacional en una situación.

La crítica descolonial, también conocida como decolonial, puede considerarse como el pensamiento plasmado por las críticas de Walter Mignolo al movimiento subalterno, que criticaba la superposición del eurocentrismo con los pueblos de la India, al considerar que tales estudios no podían aplicarse directamente en América Latina, dado la necesidad de considerar los conocimientos y las relaciones de dominación en esta parte del mundo. Surgió así un grupo de pensadores, como el propio Walter Mignolo, Enrique Dussel, Arturo Escobar y Aníbal Quijano, denominado grupo modernidad/colonialidad, que aborda el tema a la luz del

conocimiento latinoamericano, que valora al patrimonio cultural como un aspecto importante en la defensa de este movimiento crítico, sobre todo porque interfiere directamente en las formas de conocer, y ser de un pueblo.

El tema es importante para cuestionar y valorar conocimientos diversos, por lo que ha sido objeto de varias investigaciones científicas, sobre todo porque involucra cuestiones locales de suma importancia para los diferentes pueblos de América Latina, llegando en ocasiones a su núcleo antropológico, que están siendo ignorados debido a los riesgos para la democracia regional.

El debate en sí, se da entre los Tribunales Constitucionales de cada Estado miembro y la CIDH, porque son los que primero toman conocimiento de las violaciones de Derechos Humanos, y por ello pueden estar en mejores condiciones para decidir con el conocimiento adecuado de las situaciones peculiares. y puede llevar a cabo una protección segura al ciudadano, para ello puede utilizar la crítica decolonial para implementar la Teoría del Margen de Apreciación Nacional.

Así, ante el casi insalvable entendimiento de la CIDH, la pregunta capital se propone identificar qué criterios utiliza esa Corte que impiden la aplicación del Margen Nacional de Apreciación por parte de sus Estados Miembros, aunque no se ha considerado algunas posibilidades, especialmente en términos de preservación cultural en lugar de olvidarlas por las normas internacionales en la fase del principio de universalidad.

El objetivo general es describir los elementos de convicción de dicho Tribunal para rechazar ampliamente el Margen de Apreciación Nacional que no considera la posibilidad de preservar el patrimonio cultural de los países latinoamericanos, y como objetivos específicos se pretende abordar: la identificación de los requisitos para la aplicación de la Teoría en cuestión; la descripción de los precedentes de la Corte sobre la materia; el análisis del principio de universalidad frente a la crítica decolonial; y un análisis comparado con los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La metodología utilizada será dialéctica, con las técnicas de revisión bibliográfica y análisis documental. Los resultados apuntaron hacia una protección sin precedentes en términos de tribunales internacionales, con el potencial de promover una disrupción cultural forzada.

2 Aplicación de la teoría del margen nacional de apreciación

Según Rojas (2013), el origen de la Teoría del Margen Nacional está íntimamente ligado a la transferencia del poder normativo y discrecional de la Constitución al poder judicial, con

base en el principio de legalidad. En estos casos, esta transferencia debe regirse por principios, entre ellos el de razonabilidad.

Desde otra perspectiva, Rojas (2013) recuerda que el concepto alemán de Teoría del Margen Nacional de Valoración se vincula a la interpretación del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional en situaciones en las que se identifican conceptos con cierta imprecisión, por lo que se recomienda realizar una interpretación. Es posible superar esta ausencia a través de criterios, creando espacio para superar las incertidumbres a través de criterios.

Según esta doctrina, su aplicación pretende favorecer la interpretación de conceptos manifiestamente indeterminados, por su carácter personalísimo o por la imposibilidad de repetición de situaciones atribuidas al aplicador del derecho a una prerrogativa de apreciación o, como ha venido mejor conocido, un Margen de Apreciación.

García Roca (2010), refiriéndose al sistema europeo, expresa que el Margen de Apreciación es un espacio de maniobra autorizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para que las autoridades locales interpreten sus obligaciones derivadas.

Así el Consejo de Europa sostiene 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 Vassel, 2009).

La Teoría del Margen de Apreciación Nacional debe guiarse, al menos, por dos principios, el de subsidiariedad y el de supervisión, porque conducen a la armonía entre los sistemas judiciales internacionales y nacionales, estableciendo límites a los Tribunales internos. Así, los tribunales internacionales deben monitorear si los países han excedido su margen de apreciación y si están fuera de las protecciones otorgadas en sus respectivas convenciones, mientras que los tribunales nacionales tienen el deber de preservar y garantizar los derechos a los que sus respectivos Estados se han comprometido al ratificar los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, incluido actuar primero.

En principio, los Tribunales internacionales deben analizar los requisitos de admisibilidad de una controversia o litigio, siendo uno de estos requisitos el análisis del agotamiento de la jurisdicción nacional, este análisis se regirá por el principio de subsidiariedad,

es decir, observar cuál fue la acción, o no, de los Tribunales internos, en defensa de los Derechos Humanos.

Ante este entramado de responsabilidades, se observa que la actuación de los Tribunales internacionales atraviesa una tensión entre la universalización de los derechos humanos y el uso del principio de subsidiariedad, porque esto significa que cada Estado miembro debe decidir democráticamente lo que le conviene, mientras que el principio de universalización es interpretado por algunos como aquel que determina que el Estado miembro desconozca su soberanía para aplicar normas comunes, habida cuenta de la ratificación que realizan como partes internacionales de forma generalizada, hecho que no es aceptado por la CEDH.

Esta noción de complementariedad del derecho entre las esferas nacional e internacional ocurre cuando los actores locales actúan desde una perspectiva interna y los actores internacionales analizan la viabilidad y razonabilidad de estas decisiones. Por lo tanto, no basta con que los Estados juzguen sus restricciones, sino exigir que los respectivos Tribunales actúen también como árbitros entre los Estados y el particular que reclama sus derechos en el espacio judicializado, o incluso en el ámbito del litigio administrativo.

Se observa que el margen de apreciación nacional también debe guiarse por el principio de supervisión internacional de las decisiones judiciales locales, que se exalta como necesario porque prevé la garantía de derechos a minorías poblacionales que posiblemente no tengan una gran representación en el sistema interno. parlamentos de cada Estado, por lo que actúa como salvaguarda en casos de negligencia estatal hacia estos grupos.

El principio de supervisión debe observar, además de la universalidad, las cuestiones locales que son vitales para la población o el ciudadano afectado por la acción estatal, porque la lógica regional no necesariamente puede interpretarse como una ofensa a la universalidad, sino considerarse razonablemente en cada caso, como lo denuncia crítica decolonial, especialmente en la defensa del patrimonio cultural para la preservación del núcleo antropológico.

Es preciso analizar qué papel están cumpliendo los tribunales nacionales en la aplicación y vigilancia de la Convención Europea de Derechos Humanos, a fin de determinar la existencia u omisión en la protección de los derechos de los individuos bajo su jurisdicción.

Poblete (2012) destaca que la doctrina del Margen de Apreciación se relaciona precisamente con los propósitos y límites de la jurisdicción internacional o supranacional en materia de derechos humanos. Admitiendo que en determinados casos es posible que exista una pluralidad de valoraciones en materia de derechos fundamentales, aconsejando que el órgano

jurisdiccional internacional o supranacional se abstenga de subrogarse a las autoridades nacionales en la valoración de las circunstancias que permitan la configuración de versiones locales de derechos universales, excepto en casos de abuso de propósito o exceso de poder.

Preocupado por la posibilidad de que la Teoría del Margen de Apreciación Nacional fuera utilizada discrecionalmente a favor del presidente, George Letsas (2004) presentó dos modalidades diferentes para su aplicación, una estructural y otra sustancial.

En relación al concepto estructural, Letsas define que contrasta los límites de la soberanía estatal y los objetivos de la universalización de los derechos humanos, con un enfoque de subsidiariedad entre tribunales internacionales y Estados miembros, visión que se ajusta a la crítica decolonial.

Si bien el concepto sustancial opone derechos individuales y derechos públicos y aborda restricciones y derogaciones de derechos personales para satisfacer intereses colectivos, también observa la crítica decolonial al resaltar el daño causado por el individualismo que surge del proyecto de modernidad.

Es en éste contexto, al referirnos a criterios de aplicación del Margen de Valorización Nacional, que puede operar de forma regulada por la propia CIDH, como ya lo ha destacado la doctrina, entre otras cosas porque la propia CIDH no puede dejar de garantizar los derechos culturales de un pueblo, y América Latina requiere un mayor cuidado por su diversidad cultural.

En este camino, para brindar mayor cuidado en el análisis de la ley, se destacaron las cláusulas de Excepción o Limitación, que Vila (2013) denomina cláusulas de acomodación. Son cláusulas que contienen la necesidad de un juicio de valor o criterio subjetivo por parte de los jueces, comprendiendo estos derechos calificados que no tienen limitaciones expresas o claramente delimitadas; por lo tanto, abren espacio para interpretaciones por parte de los Estados miembros, que no deben guardar silencio ni incumplir los Derechos Humanos de los ciudadanos.

Para resolver cuestiones como la mencionada anteriormente, Vila (2013) entiende que es importante comprender los principales objetivos de la Teoría del Margen de Apreciación, siendo imprescindible para su aplicación una delimitación de admisibilidad, que sugiere: a) protección de la cultura b) autoridad del poder judicial c) prevención del desorden o delito d) interés de la seguridad nacional y el bienestar económico del país e) protección de derechos y libertades.

Vila considera dos concepciones de límites, una como criterio rector para la aplicación del Margen de Apreciación Nacional: el ámbito nacional e internacional como límites internos (límites intrínsecos) y límites externos (límites extrínsecos) respectivamente.

El límite interno se basa en la ratificación de los Estados que se han comprometido a cumplir los tratados y convenios internacionales, mientras que el límite externo se basa en el control de los Tribunales Internacionales (tanto europeos como interamericanos de Derechos Humanos) y su supervisión y control de las posiciones adoptadas por las autoridades locales, sería el control de constitucionalidad. El límite externo reside en el control por parte de los tribunales internacionales y su control de las posiciones adoptadas internamente, lo que sería el control de convencionalidad (Vila, 2013).

Para García Roca (2007), es razonable pensar que el margen debería ser normalmente mínimo, necesitado de una justificación expresa, y centrado en algunos derechos de intensa configuración legal. Tiene que fundamentarse en la 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.

En estos términos, la aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación Nacional no sería un acto discrecional y no sindicalizable, sino fortalecido por criterios que consideran la cultura local en defensa de los Derechos Humanos, porque la lógica europea puede no considerar otros aspectos que son esenciales para las culturas del Sur global.

3 Precedentes de la cidh al margen de la apreciación

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya utilizó el concepto de margen de apreciación para emitir su opinión, al responder a la Opinión Consultiva No. 4, que versó sobre la interpretación del artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en relación con el derecho a la nacionalidad.

En este caso, Costa Rica cuestionó si su proyecto de reforma constitucional, que cambió las disposiciones sobre naturalización, estaba acorde con esa Convención. A lo que respondió la Corte Interamericana, el Estado miembro estaría autorizado a establecer los requisitos para adquirir la nacionalidad, observando el principio de igualdad jurídica y no discriminación, debido al art. 1 (1) y 24, del Pacto de San José de Costa Rica. La parte resolutive de la respuesta a la consulta es la siguiente:

Esta conclusión de la Corte **tiene en cuenta especialmente el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización respecto de los requisitos y conclusiones que deben cumplir para obtenerla.** Pero nadie podría ver en ello una

aprobación de la tendencia que existe en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el alcance del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no claramente sometidas a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación por origen o lugar de nacimiento que creen injustamente grupos de diferentes jerarquías entre nacionales de un mismo país (Corte Interamericana, 1984, cursiva agregada).

Sin embargo, la doctrina ha registrado este caso como una excepción en las sentencias y respuestas a las consultas de la Comisión Interamericana y de la Corte respectiva, por lo que la doctrina en cuestión prácticamente subsiste sólo en el sistema europeo. Un ejemplo importante puede verse en el que las Opiniones Consultivas de la Corte IDH en el sistema ecuatoriano son vinculantes en medida en que estos pronunciamientos contengan estándares más favorables al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y se aplicarán de manera directa, inmediata y preferente.

Sin embargo, entre los límites intrínsecos existen casos específicos en los que es posible la suspensión temporal de derechos, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, previsto en los artículos 27 y 15 de la CADH. y Convenio Europeo respectivamente, con la hipótesis de derechos que no son susceptibles de suspensión, y aplicación del principio de supervisión internacional, que exige notificación obligatoria a las secretarías (Secretaría General de los Estados Americanos y Secretaría General del Consejo de Europa).

En relación con la Corte Interamericana, Balaguera (2021) presentó, como resultado de su investigación sobre las sentencias producidas por esa Corte, un alejamiento del resultado producido por la Corte Europea, porque los precedentes de la Corte Interamericana son reacios a admitir la doctrina del margen nacional de apreciación.

Si bien la Corte Interamericana lo aplicó inicialmente en la Opinión Consultiva OC-4/84, posteriormente no lo aceptó en el sistema interamericano. Sólo se refiere a ella en casos aislados o para negar su aplicación, dejando a los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos un margen de maniobra muy limitado o incluso inexistente.

Balaguera (2021) afirma que son varias las razones esgrimidas para no reconocer el Margen de Apreciación Nacional en América Latina, siendo la principal, a juicio de la Corte Interamericana, el limitado desarrollo democrático en los Estados Parte de la CADH y la debilidad de sus instituciones nacionales para la protección de los derechos humanos.

Otro argumento utilizado para limitar el margen de apreciación es que existe diversidad cultural entre los Estados latinoamericanos y que, por tanto, la Corte Interamericana debe emitir sus sentencias con base en estándares generales de protección de los derechos humanos.

Así, es evidente que las preocupaciones de la Corte Interamericana pueden no estar acordes con la efectividad de los Derechos Humanos de los distintos pueblos latinoamericanos, quienes tienen una cultura diversa y, por violaciones al sistema democrático, el control de convencionalidad no valora las ubicaciones del conocimiento.

Finalmente, se recuerda que el artículo 29 de la CADH, que trata de sus reglas de interpretación, asegura la prohibición de supresión o limitación del goce y ejercicio de los derechos reconocidos en dicha norma; tampoco puede excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, incluidos los derechos culturales (OEA, 2007), y esta limitación es infranqueable para una Corte Constitucional.

4 El principio de Universalidad y la crítica decolonial

No se puede olvidar que una de las misiones de los Tribunales de Derechos Humanos es garantizar la protección de los derechos humanos, es decir, determinar reparaciones o abstenciones de los titulares del poder estatal contra sus ciudadanos, y esta tarea se realiza a través de inspecciones, solicitudes de las normas internacionales y sus interpretaciones.

Es un deber complejo de ejercer porque los Tribunales de Derechos Humanos deben tener el conocimiento necesario para garantizar tales derechos, dependiendo de las expectativas de los ciudadanos que reciben las medidas, además de la diversidad cultural de los distintos países sujetos a la respectiva jurisdicción internacional.

En estos últimos aspectos, dichos Tribunales, como garantes de los derechos humanos y de su carácter universalizador, enfrentan varias dificultades, entre ellas la internacionalización en armonía con las tradiciones nacionales, especialmente en los casos en que existen grandes diversidades culturales religiosas y morales. exigiendo considerar el multiculturalismo frente a la universalización, especialmente en continentes como América Latina.

Así, siguiendo las lecciones de Santos (2003), el diálogo intercultural es sumamente necesario en el ámbito de las Cortes Internacionales, especialmente para comenzar a valorar las culturas locales, lo que el autor llama localismo globalizado, y la doctrina del Margen Nacional puede estar presente como una herramienta. que posibilite esta intermediación, observando, además de las cuestiones geográficas, históricas y culturales, así como teniendo en cuenta la realidad económica, social y política de la sociedad, lo que sólo será posible con la apertura del

espacio otorgado a las Cortes nacionales, dentro de sus límites de admisibilidad, superando la reivindicación de soberanía.

Sin embargo, las decisiones de los Tribunales nacionales, en el proceso de integración normativa, deben guiarse por el principio de razonabilidad, considerando la adecuación de la legislación a aplicar a una situación apropiada, en cuanto a su estricta proporcionalidad, sin apartarse del cumplimiento y respeto. de las normas de derechos humanos en términos de representación de los intereses específicos de las poblaciones de los Estados miembros, y pueden representar un carácter complementario de las normas de derechos humanos.

Wolkmer (2020) realizó un rescate histórico de los derechos humanos que, aún partiendo del reconocimiento del ser humano como sujeto individual en Europa en los siglos XVII y XVIII de carácter eminentemente liberal, pone de manifiesto la importancia de las luchas por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el siglo XV, desarrolladas por la Escuela Ibérica de la Paz.

Los derechos pensados para un hombre de la burguesía europea eran esencialmente racionales e individualistas, razón por la cual la afirmación de la igualdad y la libertad para todos no se aplicó a los súbditos de las colonias europeas en los otros continentes, hecho verificable en relación con los pueblos de África que continuaron siendo esclavizados, incluso después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia. No sólo las personas procedentes de África fueron excluidas de esta Declaración, sino también las mujeres europeas y, por supuesto, las que residían en las colonias; así como el reconocimiento de los derechos a la libertad y a la libre determinación de los afrodescendientes victoriosos en Haití después de 1804 (Wolkmer, 2020).

Samir Amin (1989) la definió como la matriz cultural de Europa en ese momento como un culturalismo que vislumbraba las diversidades culturales e históricas de los diferentes pueblos, caracterizado como antiuniversalista por no estar interesado en descubrir posibles leyes generales de la evolución humana y, como fenómeno moderno, se difundió en el siglo XIX con una dimensión de la cultura y la ideología del mundo capitalista.

Con estos elementos, Wolkmer (2020) enseña que el "mito moderno" debe ser conocido y explicado para develar su aspecto oculto de la modernidad y la irracionalidad de su violencia constitutiva en relación con otras culturas, especialmente aquellas que subsisten desde un Sur global.

Aquí vale la pena resaltar el papel de los Derechos Humanos en las observaciones de Wolkmer (2020, p. 8):

Una vez discutidos algunos puntos de la trayectoria instituida de la teoría etnocéntrica occidental de los derechos humanos y del necesario proceso de descolonización, se comienza a problematizar la función del conocimiento pedagógico, de aporte crítico y descolonial, capaz de despertar y tomar conciencia como estrategia de conquista y aplicación auténtica de los derechos humanos en un contexto más amplio. En este sentido tenemos que articular e interactuar con la necesaria interdependencia entre conceptos esenciales en esta contribución, como educación social consciente y derechos humanos interculturales.

Wolkmer (2020), al igual que Wallerstein, propone la descolonización como un proceso profundo de trascendencia de la modernidad universalista, basado en el modelo de Europa que presenta inconsistencias en la elaboración de la sistemática del conocimiento, como forma de dominación de los pueblos colonizados, distanciándolos violentamente del proceso civilizatorio. Así, propone que el Sur global sea entendido no como un concepto geográfico, sino como una metáfora del sufrimiento causado a estas poblaciones por el colonialismo y el capitalismo; por lo tanto, el Sur global debe ser anticapitalista, anticolonialista y antiimperialista.

Y por estas características, Wolkmer (2020) señala que la Teoría de los Derechos Humanos debe enfocarse en la historicidad de las colectividades excluidas, representadas por minorías en estado de pobreza, además de indígenas, afrodescendientes, contingentes étnicos, que pueden presentar aportes para superar los modelos de modernidad, proponiendo alternativas al capitalismo y al neoliberalismo.

El conflicto entre universalidad y regionalidad puede ser absoluto o aparente y, al menos, en relación con esta última ya se observa que las cuestiones culturales pueden entenderse como complementarias, o incluso esenciales, al núcleo antropológico de un pueblo. En este aspecto, se observa que los convenios y tratados internacionales de Derechos Humanos tienen como objetivo garantizar una protección mínima para que sea jurídicamente imposible violar los derechos básicos de los seres humanos.

En principio, adoptar garantías mínimas universales no sería perjudicial para el patrimonio cultural regional, porque los Estados miembros siguen teniendo su propia cultura y soberanía, regiéndose la relación entre ellos por las cláusulas de compatibilidad e integración previstas en los tratados y convenios de derechos humanos. ellos mismos, por lo que la crítica decolonial ha estado atenta, especialmente en relación con los países supranacionales.

En este aspecto, Contreras (2021) entiende que el Margen de Apreciación no tiene un carácter relativista, ya que su ventaja más elogiada es la flexibilidad para ajustar las particularidades de los diferentes Estados, especialmente aquellos con estándares supranacionales de derechos humanos.

Restringir o derogar no significa que esos derechos no sean útiles para su sociedad, que incluso pueden ser estándares universales mínimos opresivos e imperialistas de la cultura ajena, significa que en el caso concreto el Estado, para lograr un fin legítimo, los restringió a en la más estricta medida que el ejercicio y goce de este derecho sea necesario para su realidad y será supervisado por organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Por lo tanto, en el campo teórico, el Margen de Apreciación no debe verse como indiferente al principio de universalidad de los Derechos Humanos, sino complementario en los espacios de regulación imprecisa, como destaca Gándara (2017), que la universalidad de los derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho Internacional vigente, resulta, por decir lo mínimo, problemático, pues exige una visión crítica de la historia concreta de los pueblos, reconsiderar los roles de las culturas, las necesidades y, en definitiva, sus diferencias, independientemente de lo que se conciba como universalidad.

De todo lo considerado, se puede concluir que la crítica decolonial propone el espacio de consideración de las luchas históricas por el reconocimiento de las diferencias como fundamento del diálogo y la práctica intercultural en las diversas esferas de poder y conocimiento, porque la deshumanización y los procesos excluyentes no deben ser la vocación histórica de la humanidad, sino la humanización. aunque se niega constantemente. (Wolkmer, 2020).

Finalmente, recordamos las lecciones del fallecido Herrera Flores (2002) quien, al hablar de la racionalidad de la resistencia, como práctica intercultural, a favor de los pueblos colonizados, que se opone a la racionalidad formal, que es de carácter universalista, puede calificarse como a priori, es decir, un prejuicio que exige que todas las personas se adapten a toda realidad.

5 Antecedentes del Tribunal Europeo de derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó por primera vez la Teoría del Margen Nacional de Apreciación basándose en lo dispuesto en el artículo 15 del CEDH, que permite expresamente su aplicación:

Artículo 15

Derogación en caso de necesidad

1. En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, **cualquier Alta Parte Contratante podrá adoptar medidas que suspendan las obligaciones previstas en el presente Convenio**, en la medida más estricta que exija la situación, y en las que dichas medidas no estén en contradicción con otras obligaciones derivadas del derecho internacional. (Convenio Europeo de Derechos Humanos, p.15).

Según Jacobs y White (2006), el TEDH utilizó el Margen Nacional cuando permitió a las partes tomar medidas que se derogaban de las obligaciones previstas en dicho Convenio, reconociendo un espacio de acción para los Estados miembros, formalmente legitimado para la interpretación de las disputas contenciosas de sus respectivos territorios.

El papel de los Tribunales internacionales es promover la justicia entre los intereses de los Estados miembros y los ciudadanos que son partes activas en los procesos con ellos y, como ejemplo, se cita el entendimiento del Consejo Europeo de Derechos Humanos, que considera a los Tribunales internacionales como responsables por dar peso a tres elementos en sus decisiones: el consenso, la naturaleza del derecho y el objetivo perseguido por el acto impugnado, todo ello regido por el principio de razonabilidad de las decisiones:

[...] Para que el proceso de lograr un “estándar uniforme” de derechos humanos, la protección debe ser gradual, porque todo el marco legal se basa en los frágiles cimientos del consentimiento de los Estados miembros. El margen de apreciación proporciona la flexibilidad necesaria para evitar enfrentamientos perjudiciales entre la Corte y los Estados miembros y permite a la Corte equilibrar la soberanía de los Estados miembros con sus obligaciones en virtud de la Convención (Consejo de Europa, 2024).

Utilizando este enfoque, el uso del principio de subsidiariedad en relación con la soberanía de los Estados miembros puede no representar un problema, sino una integración entre convenios y diplomas jurídicos nacionales, siempre que proteja adecuadamente a los ciudadanos perjudicados por la acción estatal en sus fundamentos. necesita, con respecto a la dignidad humana, valores culturales, estos últimos destacan en particularidades que les son esenciales, reforzando el carácter complementario de este principio.

En un segundo enfoque para permitir la aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación Nacional, Contreras (2012) al analizar cómo el CEDH establece su estructura de derechos, y concluyó por los siguientes pasos para una limitación inicial, primero se reconoce el derecho y, sin segundas lugar, se permite la restricción del derecho, sujeta a condiciones ciertas y determinadas, respetando el principio de razonabilidad.

Balaguera (2021), a su vez, analizó la jurisprudencia del TEDH en relación con su Convenio, concluyendo que se observaron márgenes restringidos, amplios, zonas fronterizas, para luego concluir que estos son los límites para determinar el margen de apreciación nacional.

El Margen de Apreciación será restringido cuando el objeto de tutela judicial se refiera a derechos que el Tribunal Europeo considera “absolutos”, por lo que el control del Tribunal Europeo es intenso y riguroso, aplicándose, por ejemplo, con el derecho a la vida (art. 2),

prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3), prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados (art. 4), principio de legalidad penal (art. 7), libertad de comunicación (art. 10).), libertad de asociación (art. 11).

El Margen de Apreciación será amplio cuando el objeto de la controversia involucre derechos que puedan ser limitados, y siempre que dichas limitaciones estén establecidas por ley anterior. En estos casos, el Tribunal Europeo reconoce un amplio margen de apreciación nacional a los Estados, lo que se da, por ejemplo, con el derecho a la vida privada y familiar (art. 8), la libertad religiosa (art. 9), el derecho a contraer matrimonio (art. 12), el derecho a la propiedad (art. 1, Protocolo n. 1).

Cuando una reclamación radica en una zona fronteriza de derechos, el Tribunal Europeo no sigue un criterio lineal, sino que ejerce una mayor o menor intensidad de control según cada caso y sus circunstancias. Por ejemplo, el derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6), el derecho a votar en elecciones libres (art. 3, Protocolo n° 1), entre otros.

Sin embargo, el TEDH ha utilizado tales límites para definir el margen de apreciación, el cual, según Balaguera (2021), debe observar los siguientes criterios:

1) Consenso europeo sobre la cuestión ya debatida: el argumento del consenso europeo consiste en identificar un mínimo común denominador de la institución controvertida en su regulación por parte de los Estados miembros y, si se constata un consenso legislativo, la base sólida de que la similitud del contenido permitiría extender la solución a otros países, obligándolos a adoptar, en sus líneas principales, las regulaciones compartidas por la mayoría.

Probablemente sea el criterio más relevante utilizado por el TEDH a la hora de decidir sobre el alcance del margen que concede a los Estados miembros, por lo que Arai-Takahashi (2002) destaca que, si no hay consenso europeo, el Tribunal de Estrasburgo puede inclinarse por respetar un margen más amplio; pero, por el contrario, la existencia de estándares europeos comunes tiende a reforzar la aplicación de una interpretación evolutiva y restringir su alcance. En otras palabras, para el tribunal europeo, la existencia de un “consenso europeo” limita el margen de apreciación del Estado. Cuando este consenso no exista, se podrá dar mayor margen o discrecionalidad al Estado miembro.

2) Naturaleza del derecho: este es también uno de los criterios centrales utilizados por el Tribunal Europeo para determinar el alcance del margen de los Estados. Como vimos anteriormente, el Tribunal Europeo considera que existen derechos “absolutos” cuyo control debe ser riguroso o estricto, en consecuencia, el margen de apreciación nacional es estrecho. En cambio, para otros derechos se puede reconocer un aumento del margen de apreciación.

3) Gravedad de la restricción del derecho: Este criterio está relacionado con el anterior. A pesar de la naturaleza de la ley, por un lado, con la importancia de la restricción o interferencia, por el otro, el Tribunal Europeo ejerce un control de razonabilidad, una prueba que es inexorable en cualquier tribunal que decida sobre cuestiones de derechos fundamentales. La pauta utilizada por el tribunal puede formularse en los siguientes términos: cuanto mayor sea la interferencia de la ley, más estricta será la supervisión. Por otro lado, cuanta menos injerencia promueva un derecho en la vida privada de un individuo, mayor será el margen de apreciación.

4) Las circunstancias específicas del caso: el Tribunal Europeo aplica frecuentemente el argumento de las “circunstancias del caso” para establecer el mayor o menor margen de apreciación de los Estados miembros; Esto, sobre todo teniendo en cuenta las diferentes realidades y legislaciones europeas.

5) Autoridad nacional mejor posicionada: según esta directriz, en determinadas circunstancias las autoridades nacionales, al estar en contacto directo y continuo con la realidad de cada país, están en mejor posición para sopesar intereses en conflicto. La norma adquiere especial relevancia cuando la ponderación de intereses es concreta y no abstracta, como es común, por ejemplo, en el control constitucional concentrado, típico del sistema europeo continental.

Los criterios anteriores muestran que el TEDH, al establecer tres conjuntos de derechos con posibilidades restringidas, amplias y límite para permitir la aplicación del Margen de Apreciación Nacional, sugiere criterios razonables para la preservación de los derechos culturales.

6 Consideraciones finales

La Corte Interamericana no permite la aplicación del Margen de Valorización Nacional simplemente porque entendió que las Cortes Constitucionales no son lo suficientemente independientes de sus gobernantes y que aún representarían una amenaza a la democracia regional debido a la historia de interrupciones institucionales, y el camino para calificar al instituto como inicialmente amenazante no reveló que fuera una violación del sistema regional de protección de los Derechos Humanos.

Sin embargo, tal concepción de negar el diálogo entre tribunales puede generar el prejuicio de que los pueblos latinoamericanos son incapaces de iniciar sus diálogos internos, en un contexto en el que se observa que en ningún momento la Corte Interamericana considera

que la historia de Los golpes de Estado son financiados por otros gobiernos, sobre todo en nombre de una ideología extranjera, basta con considerar el hecho de que existe una historia de perturbaciones democráticas, sin sus fundamentos políticos internos y externos.

De esta manera, la Corte Interamericana niega a los Tribunales Constitucionales el derecho a ejercer ampliamente sus funciones de competencia, llegando incluso a desconocer que lo previsto en la CADH no deben, en principio, ser objeto de negación de derechos; por otra parte, los derechos expresados pueden ser objeto de complementación por peculiaridades locales para el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos.

La Corte Interamericana no permite la aplicación del Margen de Valorización Nacional simplemente porque entiende que las Cortes Constitucionales no son suficientemente independientes de sus gobiernos y que aún representan una amenaza a la democracia regional debido a la historia de perturbaciones institucionales, y el camino hacia la calificación al instituto fue inicialmente amenazador al revelarse que se trataba de una violación al sistema regional de protección de derechos humanos.

Sin embargo, tal concepto de negar el diálogo entre tribunales puede generar daño en la medida en que las comunidades latinoamericanas sean incapaces de iniciar sus diálogos internos, en un contexto en el que se observa que en ningún momento la Corte Interamericana considera que la historia de Los golpes de Estado son financiados por otros gobiernos, principalmente en nombre de una ideología extranjera, basta considerar el hecho de que hay una historia de disturbios democráticos, sin sus fundamentos políticos internos y externos.

De esta manera, la Corte Interamericana niega a los Tribunales Constitucionales el derecho a ejercer sus funciones de competencia, aun desconociendo que derechos no expresamente previstos en la CADH no deben, en principio, ser objeto de negación de derechos; Por otra parte, los derechos expresados pueden ser objeto de complementación con particularidades locales para el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos.

Referencias

AMIM, Samir. **El eurocentrismo**: crítica de una ideología. Traducción: Rosa Cusminsky de Cendrero. Mexico: Siglo XXI Editores, 1989.

ARAI-TAKAHSHI, Yutaka. La doctrina del margen de apreciación y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH. **Intersentia**, Amberes-Oxford-Nueva York, p. 203-204, 2002.

BALAGUERA, Humberto G. Vargas. El margen de apreciación nacional. **Revista Jurídica Región Cuyo**, Argentina, n. 10, mayo 2021. Disponible en: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines2/especiales/2021/210610/Vargas.php#indice_2. Consultado el: 5 mayo 2024.

CONTRERAS, Pablo. Discrecionalidad nacional y deferencia internacional en la restricción de los derechos humanos: una comparación entre la jurisprudencia de la Corte Europea y la Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Northwestern de Derechos Humanos Internacionales**, International Law Commons, [S. l.], v. 11, n. 1, otoño de 2012. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1155&context=njihr>. Consultado el: 5 mayo 2024.

CONSIL DE EUROPA. Publicación de artículos científicos. **El margen de apreciación**. 2024. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_3268. Consultado el: 5 de mayo de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva N. 4**. Expedido el 19 de enero de 1984. Serie A, n. 4. Párrafo 62.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. **Convenio Europeo de Derechos Humanos** (CEDH). 04 nov. 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Consultado el: 5 de mayo de 2024.

GÁNDARA, Manuel. Hacia una teoría no colonial de los derechos humanos / Towards a non-colonial human rights theory. **Revista Derecho y Praxis**, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 3117–3143, 2017. Disponible: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/31228>. Consultado el: 5 de mayo de 2024.

GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, 2007.

GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”. **Civitas-Thomson Reuters**, Navarra, p. 107-108, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquin. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, pág. 9-30, jan. 2002. Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>. Consultado el: 15 mayo de 2024.

JACOBS Y BLANCO. **El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Oxford: [s. n.], 2006.

Justus Vassel, Johann. “El «Margin of Appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, año 6, n. 11, 2009.

LETSAS, George. **La verdad en los conceptos autónomos: cómo interpretar el CEDH.** EJIL, V. 15, n. 2, p. 279-305, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Ser. L/V/I.4, Rev. 12, 31 de enero de 2007. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Consultado el: 12 mayo 2024.

POBLETE, Manuel Núñez. **Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana enfrentada y la teoría constitucional de una técnica de adjudicación internacional de derechos humanos.** Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

ROJAS, Marcela Peredo. Manifiesto El Margen de Apreciación del Legislador y el Control del Error: Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán. **Estudios Constitucionales**, Chile, año 11, n. 2, p. 47 – 96, 2013. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art03.pdf>. Consultado el: 5 mayo 2024.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por una concepción multicultural de los derechos humanos. *En*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org). **Reconocer para liberar: los caminos del cosmopolitismo cultural.** Río de Janeiro: Civilización brasileña. 2003. p. 429-46.

VILA, Marisa Iglesias. Una doctrina del margen de apreciación para el Convenio Europeo de Derechos Humanos: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional. *En*: SELA, 2013, **New Haven, Connecticut, Estados Unidos de América**, Yale Law Scholl, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Reinvención de los Derechos Humanos: un apoyo decolonial desde el sur.** 2020. (Manuscrito que compondrá la 2. edición de la obra *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*. México: AKAL). Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1ZVhNamNYb2Tuan7L7bmdQ5YJ4lgqriLG/view?usp=sharing>. Consultado el: 5 mayo 2024.