

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DESDE LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA

Cristián DELPIANO LIRA  
Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El margen de apreciación nacional en los casos de Chile ante la CIDH: las posiciones del Estado y de la Comisión*. III. *La actuación de Chile ante la Corte IDH*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los últimos cuarenta años de historia chilena se relacionan, a partes iguales, con un trágico periodo de dictadura militar, entre 1973 y 1990, y con un sólido y floreciente Estado democrático y de derecho, desde 1990 hasta la actualidad. Ambos periodos se corresponden con niveles inversamente proporcionales de protección de los derechos humanos que, en lógica consecuencia, condicionan de forma determinante la experiencia de Chile, en general, ante los dos principales órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos: la CIDH y la Corte IDH.

En particular, a los efectos del presente trabajo, llamaremos la atención sobre un aspecto muy concreto de la incorporación de Chile al sistema interamericano, como es la doctrina del margen de apreciación nacional. Si bien se trata de una cuestión que prácticamente ha pasado desapercibida hasta la fecha, como iremos viendo, entendemos que al mismo tiempo estamos ante uno de los ámbitos con más largo recorrido en materia de protección de derechos humanos. Tanto los antecedentes que hemos analizado, como la experiencia acumulada en el ámbito europeo y la doctrina, permiten afirmar que los desarrollos de esta doctrina avanzarán al compás de la consolidación democrática en Chile. En efecto, el presente estudio persigue poner de manifiesto que tales avances ya se están produciendo,

si bien todavía no han llegado hasta el punto de invocar expresamente el margen nacional de apreciación ante los órganos del sistema interamericano.

Con todo, es oportuno recordar que nos encontramos ante una materia especialmente delicada, dado que se ven implicados conceptos de la máxima significación jurídica y política, como son de forma señalada la soberanía, la separación de poderes —en particular, la independencia del Poder Judicial—, la responsabilidad internacional del Estado y la protección de los derechos humanos. Ahora bien, el modo de enfocar tales tensiones, así como sus soluciones, debe ser entendido bajo la noción de *sistema*, pues tanto los Estados —entendidos como poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial— como la Comisión y la Corte son elementos que juegan roles de distinta naturaleza dentro de un único sistema interamericano. Pues bien, la doctrina del margen nacional de apreciación nos sitúa, precisamente, ante los límites de actuación de tales elementos dentro de un sistema único, pero integrado por normas de naturaleza interna —la Constitución del Estado y sus leyes y reglamentos de desarrollo— y de naturaleza internacional —los tratados y declaraciones internacionales—, tanto de alcance regional como universal,<sup>1</sup> como pone de manifiesto señaladamente la cuestión, entre otras, del control de convencionalidad al que aludiremos.

Así, el margen nacional de apreciación implica una labor de confrontación de la norma nacional con la norma internacional a partir de la cual, mediante una labor de interpretación, y sobre criterios axiológicos nacionales —vinculados con la seguridad nacional, los principios y valores inherentes a la sociedad, la tradición constitucional, etcétera—, el juez nacional fundamenta la aplicación de la norma nacional en detrimento de la norma internacional, o decide excepcionar o limitar el alcance de la aplicación de la norma internacional. En otras palabras, sólo se puede hablar de doctrina del margen nacional de apreciación en aquellos supuestos en los que se concibe la labor de interpretación y aplicación de ambas normas consideradas dentro de un sistema. Pues bien, por lo que se refiere a Chile, veremos que en la mayoría de los casos, por razones diversas, no se ha hecho esa labor interpretativa comparada, de tal modo que no se ha dado lugar a la invocación de la doctrina del margen de apreciación, si bien pueden darse por sentados los fundamentos para que ello termine sucediendo.

<sup>1</sup> En este sentido se pronunció, por ejemplo, la CIDH en el caso Soria Espinoza, 19 de noviembre de 1999, párr. 133, entre otros.

Desde luego, el objeto de este trabajo no es realizar una reflexión teórica, ni siquiera una aproximación, a la doctrina del margen de apreciación nacional, sino elaborar un informe jurídico sobre la misma en el contexto de los casos que han llevado a Chile ante la CIDH y la Corte IDH. En este sentido, se persigue la finalidad de identificar tanto la presencia como la ausencia de esta doctrina, por un lado, en los argumentos sobre los que se han venido articulando las distintas posiciones del gobierno chileno y, por otro lado, en los correspondientes informes de la Comisión y sentencias de la Corte. En consecuencia, abordaremos, en primer lugar, el estudio de casos comenzando por aquéllos que han enfrentado a Chile con la CIDH; para centrarnos, en segundo lugar, en las cuatro sentencias —todas ellas condenatorias— emitidas contra Chile por la Corte IDH.

## II. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LOS CASOS DE CHILE ANTE LA CIDH: LAS POSICIONES DEL ESTADO Y DE LA COMISIÓN

Al igual que sucede en el caso de otros países latinoamericanos,<sup>2</sup> y como resulta por lo demás obvio, la mayor parte de las comparecencias de Chile ante la CIDH<sup>3</sup> están relacionadas, de forma más o menos directa, con problemas constitucionales y legales heredados de periodos con marcados déficits democráticos. En efecto, casi la mitad de los casos<sup>4</sup> son *herencia directa de la dictadura*, pues se refieren a la aplicación de la ley de amnistía.<sup>5</sup> A su vez, otra de las cuestiones más significativas se refiere a elementos de organización política y del sistema electoral, como la figura de los senadores vitalicios.<sup>6</sup> Por lo demás, otros supuestos que podrían calificarse como *herencia velada de la dictadura* o causa directa de la transición democrática, son aquellos casos donde se ve comprometida la libertad de expresión bajo la

<sup>2</sup> Véase al respecto, entre otros, los informes de Perú o de Argentina en esta misma publicación.

<sup>3</sup> Nos estamos refiriendo a siete casos de un total de once.

<sup>4</sup> En concreto, se trata de cinco casos.

<sup>5</sup> Caso Garay Hermosilla y otros, 15 de octubre de 1996; caso Meneses Reyes y otros, 15 de octubre de 1996; caso Chanfeau Orayce y otros, 7 de abril de 1998; caso Soria Espinoza, 19 de noviembre de 1999, y caso Catalán Lincoleo, 16 de abril de 2001.

<sup>6</sup> Caso Andrés Aylwin Azócar y otros, 27 de diciembre de 1999.

figura de la censura previa.<sup>7</sup> Como se ha podido notar, todos estos asuntos citados son, además, los primeros casos de Chile ante la Comisión.

Sin embargo, en los últimos años, la creciente consolidación democrática en Chile se ha reflejado también en los casos ante la CIDH, en la medida en que se corresponden más bien con aspectos derivados de un normal funcionamiento democrático. En este sentido, nos referimos apenas a cuatro casos relativos al acceso a la objeción de conciencia,<sup>8</sup> al debido proceso,<sup>9</sup> a la libertad de pensamiento y de expresión<sup>10</sup> y a la profesión de abogado.<sup>11</sup> Éste último caso es, además, pionero en la medida en que se trata del primer caso que aborda la cuestión en todo el sistema interamericano.

Precisamente esta evolución sociopolítica de la dictadura a la democracia, que tiene un claro reflejo jurídico ante la CIDH, es la que explica que el margen nacional de apreciación no haya estado presente, al menos de forma expresa, en ninguno de los casos señalados. En efecto, como no puede ser de otra forma, la aplicación del margen nacional de apreciación sólo puede tener cabida en el marco de un Estado democrático y de derecho.<sup>12</sup> Por ello, el caso de una democracia joven, como es Chile, sólo su actual y paulatino proceso de consolidación puede hacer germinar la doctrina del margen nacional de apreciación ante el sistema interamericano. Extrapolar este argumento al resto de países latinoamericanos, en su gran mayoría *democracias adolescentes*, permitiría tal vez encontrar una causa razonable para explicar la ausencia del margen de apreciación en el sistema interamericano.

Por lo antedicho, la ausencia del margen de apreciación nacional en los argumentos esgrimidos por Chile resulta especialmente comprensible, sobre todo si atendemos a la naturaleza de la posición adoptada por el

<sup>7</sup> Caso Francisco Martorell, 3 de mayo de 1996.

<sup>8</sup> Caso Sahli Vera y otros, 10 de marzo de 2005.

<sup>9</sup> Caso Mancilla Saldívia, 27 de marzo de 2009, y caso Israel Zipper, 10 de noviembre de 2009.

<sup>10</sup> Caso Israel Zipper, 10 de noviembre de 2009.

<sup>11</sup> Caso Barbería Miranda, 18 de marzo de 2010.

<sup>12</sup> Véase, entre otros, Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y Barbosa Delgado, Francisco, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, ambos en el presente volumen.

Estado en los primeros años. En efecto, en los casos planteados ante la CIDH relativos a la ley de amnistía, la propia posición del Estado chileno no permitía en modo alguno apelar al margen de apreciación en la medida en que se reconocían plenamente los hechos constitutivos de la violación, pero no la asunción de responsabilidad. Los argumentos del gobierno chileno, trasladando la responsabilidad al Poder Legislativo y al Judicial, son meridianamente claros:

19. El Gobierno solicita a la Comisión que tenga en cuenta el contexto histórico en que tuvieron lugar los hechos y la especial situación de retorno del país al régimen democrático, dentro de la cual *el nuevo Gobierno tuvo que acoger las reglas impuestas por el régimen militar de facto, las que no podía modificar sino de conformidad con la ley y la Constitución.*

20. *El Gobierno ha intentado derogar el decreto-ley de amnistía, pero el precepto constitucional dispone que las iniciativas relativas a amnistías sólo pueden tener origen en el Senado [artículo 62 inciso segundo de la Constitución], donde carece de mayoría debido al número de personas no designadas por votación popular en ese cuerpo legislativo.*

21. *El Gobierno democrático ha exhortado a la Corte Suprema que declare que la amnistía vigente no puede ser obstáculo para que se investigue y sancione a los responsables.*

...

24. *El Gobierno democrático expresó su conformidad con la calificación que han hecho los peticionarios respecto del carácter del Decreto Ley No. 2.191, de 19 de abril de 1978, que buscó la exoneración de responsabilidad de los crímenes más graves cometidos en la historia de Chile.<sup>13</sup>*

Se presentaba, por tanto, la particularidad de que la derogación de una norma predemocrática, como era el decreto ley de amnistía, pasaba por dos instituciones a la sazón también de cariz predemocrático: por un lado, el Senado, en la medida en que una parte importante de sus miembros (sobre un 20%) no eran elegidos por voluntad popular,<sup>14</sup> y, por otro lado,

<sup>13</sup> Caso *Garay Hermosilla* (énfasis añadido).

<sup>14</sup> Como señaló la CIDH en el segundo caso planteado en relación con la ley de amnistía, “[no se pueden] desconocer las dificultades que en esta materia tiene el Poder Ejecutivo, como consecuencia de las peculiares características del proceso de transición del régimen autocrático a uno democrático en Chile. Como es de conocimiento general, el Senado, cámara alta del Congreso chileno, no se encuentra integrado en su totalidad por miembros elegidos democráticamente, sino que tiene un número importante de Senadores designados por el anterior régimen militar. Este hecho produce un indiscutible efecto político que distorsiona la voluntad popular e impide avanzar en la reformulación

la Corte Suprema, que en una etapa de reciente democratización estaba compuesta por miembros designados en buena parte por el régimen militar. Aparecía así atrapada la posición del gobierno chileno por la paradoja de una norma predemocrática, atentatoria de derechos humanos y violatoria de la CADH, que sólo podía ser derogada por instituciones predemocráticas, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados para revertir esta situación y las consecuencias para las víctimas. Este párrafo deja perfecta constancia del callejón sin salida con el que se encontró Chile en su primer caso ante la CIDH:

41. Aunque el *Gobierno democrático negó su responsabilidad por los hechos perpetrados por la dictadura militar, reconoció su obligación de investigar* las pasadas violaciones de derechos humanos y *estableció una Comisión de la Verdad* en orden a averiguar los hechos y publicar sus resultados. Como una medida de reparación, *el ex-Presidente Aylwin pidió perdón*, en nombre del Estado de Chile, a los familiares de las víctimas. Además *el ex-Presidente protestó públicamente por la decisión de la Corte Suprema* que determinó que el decreto-ley de amnistía debería ser aplicado de manera de suspender todas las investigaciones de los hechos. El *Gobierno democrático, invocando su imposibilidad para modificar o anular el decreto-ley de amnistía y su obligación de respetar las decisiones del Poder Judicial*, alegó que las medidas que ya ha adoptado son tanto efectivas como suficientes para cumplir con las obligaciones de Chile bajo la Convención y que ellas hicieron innecesarias otras acciones.<sup>15</sup>

En relación con la ley de amnistía, merece una especial atención, a los efectos de nuestro trabajo, la fundamentación que realiza la CIDH para considerarla contraria a la Convención y, por tanto, violatoria de derechos humanos. Desde luego, se trata de un supuesto que, como vemos, no facilita la invocación y eventual aplicación del margen nacional de apreciación, dado que se trata de una violación flagrante de la Convención por parte del Poder Judicial chileno y tolerada —por omisión— por el Legislativo, como declara el propio gobierno. Ahora bien, lo que cabe plantearse es si la Comisión fundamenta la violación de la Convención en la *vigencia* de la ley de amnistía o en su *aplicación*.<sup>16</sup> En el caso de que la vigencia fuese la

de las instituciones democráticas, dentro de lo cual se encuentra la modificación o derogación del decreto ley de amnistía de 1978". Caso Meneses Reyes y otros, párr. 101.

<sup>15</sup> Caso Garay Hermosilla (énfasis añadido).

<sup>16</sup> Cabe consignar que la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de aplicación del Decreto Ley de Amnistía ha evolucionado desde una aplicación irrestricta

causa de la incompatibilidad con la Convención, no habría lugar alguno para la consideración del margen nacional de apreciación. Ahora bien, si lo que constituye la violación es una forma determinada de interpretar y de aplicar la norma, sí podría entenderse, *a contrario sensu*, que la norma en sí misma no es atentatoria de los derechos humanos y que, por tanto, cabría alguna forma determinada de interpretación que permitiese justificar su aplicación en ciertos casos.

Pues bien, los argumentos de la Comisión, incluso dentro de un mismo caso,<sup>17</sup> nos permiten defender ambas posturas. En efecto, por un lado, se

de la norma hacia su no aplicación, ya sea a través de una serie de artilugios procesales que han permitido la investigación y sanción de los responsables, o a través del reconocimiento de su incompatibilidad con el ordenamiento democrático y los tratados de derechos humanos vigentes en Chile. En efecto, siguiendo esta última tendencia, existen fallos que entendieron que el Decreto Ley de Amnistía sólo podía aplicarse una vez que se haya determinado el paradero de la persona desaparecida, otros que entendieron que, al ser el secuestro un delito en permanente ejecución mientras no se encuentren las personas desaparecidas, excedía el ámbito temporal de aplicación del DL 2191, en tanto se seguía cometiendo en la actualidad. En este contexto, en algunos casos se ha condenado derechamente a los responsables por el delito de secuestro calificado. En otros casos, se revocó el sobreseimiento definitivo de ciertas causas con el objeto de esclarecer los hechos antes de aplicar el Decreto Ley de Amnistía, otros fundamentaron su resolución en la incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía con los tratados internacionales, incluso condenando a los responsables por el delito de homicidio calificado en aplicación de los tratados internacionales que consideran los delitos de lesa humanidad imprescriptibles e inamnistiables. Para todo véase Matus, Jean Pierre, “Informe Pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Aplicación Jurisprudencial de Decreto Ley 2191 de Amnistía, de fecha 19 de abril de 1978”, *Ius et Praxis*, núm. 12/1, 2006, pp. 275 y ss.

<sup>17</sup> Esta situación de ambigüedad puede encontrarse, en realidad, en todos los casos en mayor o menor medida. Sirva sólo a modo de ejemplo los siguientes apartados del caso Soria Espinoza de 1999 (el énfasis es añadido por los autores):

“64. Algunos Estados, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido al dictado de leyes de amnistía que han desamparado a las víctimas de serias violaciones a los derechos humanos, privándolas del derecho a acceder a la justicia. *La adopción y aplicación de este tipo de normas es incompatible con las obligaciones asumidas en virtud de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.*

...

66. La Comisión ha señalado reiteradamente que la *aplicación* de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de serias violaciones a los derechos humanos hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo

afirma que el decreto-ley de autoamnistía, como tal, es “incompatible” con la Convención.<sup>18</sup> Pero, por otro lado, la Comisión insiste de forma reiterada, en diversas ocasiones, en la necesidad de considerar la “forma” en que fue interpretada la norma y aplicada la amnistía.<sup>19</sup> En este sentido, las palabras de la Comisión no dejan lugar a dudas:

El Decreto Ley de facto 2191, *según fue aplicado e interpretado por los tribunales del Estado chileno*, impidió a los peticionarios ejercer su derecho a un proceso justo para la determinación de sus derechos civiles, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención.<sup>20</sup>

Esta referencia a la aplicación e interpretación de la amnistía, y no sólo a su vigencia, está presente en los cinco casos citados sobre los que se emitieron informes al respecto. Menos dudas ofrece, si cabe, la posición de la Comisión en el último de los casos en los que tuvo que entrar a conocer violaciones de derechos derivadas de la ley de amnistía:

64. [L]a *manera como la amnistía fue aplicada por los tribunales* afectó el derecho de obtener reparación en los tribunales civiles; ello se debe a la imposibilidad de individualizar o identificar a los responsables de la desaparición, tortura y ejecución extrajudicial de Samuel Alfonso Catalán Lincoleo.

65. *Según fue aplicado e interpretado por los tribunales del Estado chileno* en el presente caso, el Decreto Ley de autoamnistía impidió a los familiares ejercer su derecho a un proceso justo para la adecuada determinación de sus derechos civiles, consagrado en el artículo 8(1) de la Convención Americana.

...

69. En el presente caso, el Decreto Ley de autoamnistía y su aplicación por los órganos jurisdiccionales de Chile impidió el acceso de los familiares de la

1(1) de la misma. En consecuencia, eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables”.

<sup>18</sup> Entre otros, caso Garay Hermosilla, párr. 105; caso Meneses Reyes y otros, párr. 104. Siguiendo en este punto la tendencia marcada por el juez Cançado Trindade en diversos votos disidentes en los casos El Amparo, Caballero Delgado y Genie Lacayo, en los que señaló que la infracción convencional se produce por el solo hecho que la norma se encuentre vigente. Véase en este sentido Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 7/2, 2009, p. 118.

<sup>19</sup> Entre otros, caso Garay Hermosilla, párr. 10 y 40.

<sup>20</sup> Caso Garay Hermosilla, párr. 67 (énfasis añadido).

víctima al recurso efectivo para la protección de sus derechos que dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En efecto, mediante estos actos legislativos y judiciales el Estado renunció a sancionar los delitos graves cometidos contra Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, que violaron sus derechos a la vida, a la libertad y la integridad física y moral consagrados en la Declaración Americana y en la Convención Americana. Además, *por la manera en que fue aplicado el Decreto-Ley por los tribunales chilenos*, no solamente se impidió sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también se aseguró que ninguna acusación fuera dirigida en contra de los responsables de forma que, éstos han sido considerados como inocentes en el proceso interno.<sup>21</sup>

Desde luego, el razonamiento de la Comisión permitiría afirmar que se está reconociendo implícitamente el que la aplicación y la interpretación podrían haberse hecho en otro sentido, sin que se viese afectada la vigencia de la norma, al menos en los casos concretos. En otras palabras, podría aceptarse la posibilidad de que la amnistía se hubiese aplicado a favor de las víctimas y, de este modo, tal aplicación judicial favorable podría considerarse como una de las medidas nacionales “de otro carácter” exigidas por el artículo 2.2 *in fine* del Pacto de San José para hacer efectivos los derechos y libertades en él reconocidos.<sup>22</sup> Sin embargo, como avanzábamos, este razonamiento, aún siendo verosímil para la invocación del margen de apreciación nacional, no va más allá del terreno de la hipótesis.

Otro de los casos de Chile ante la CIDH que *pudo ser y no fue* en materia de margen de apreciación nacional fue el caso Aylwin Azócar y otros del 27 de diciembre de 1999, también conocido como el caso de los Senadores Vitalicios. La problemática jurídica en esta ocasión se centraba en el sistema electoral chileno de acceso al Senado, donde, *grosso modo*, “algunos

<sup>21</sup> Caso Catalán Lincoleo (énfasis añadido).

<sup>22</sup> “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Debe recordarse, además, que la propia Constitución chilena, en su artículo 5, inciso segundo, establece que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

de los elegidos para ocupar cargos en el Poder Legislativo son seleccionados entre un grupo reducidísimo de personas (ejemplo: tres o cuatro ex comandantes en jefe del Ejército, Armada o Aviación; 3 o 4 ex contralores generales de la República) y otros candidatos son seleccionados entre cientos de miles o aún millones de ciudadanos”.<sup>23</sup> En opinión de la Comisión:

66. Esta situación extraña por demás al propio constitucionalismo democrático chileno, no puede legitimarse con el *argumento de que la figura de los senadores designados o vitalicios fue aprobada por la mayoría del pueblo chileno en el plebiscito aprobatorio de la Constitución de 1980*, pues —aparte de lo señalado anteriormente sobre la falta de garantías en el mencionado proceso electoral— las mayorías no pueden disminuir o eliminar un derecho tan fundamental como es la posibilidad de elegir efectivamente a sus representantes al poder legislativo. Las mayorías tienen un límite sobre los derechos de las minorías salvaguardados por los derechos humanos. Si así ocurriera, las mayorías pondrían en grave riesgo los derechos de las minorías, en abierto desafío al Estado democrático de derecho. Al respecto, es muy ilustrativa la decisión dictada por la Corte Suprema estadounidense, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de un referéndum en el Estado de Colorado, en el cual los electores habían aprobado un plan federal, en lugar de la regla “un voto por cada persona”. Dicha Corte ratificó el principio de que “el derecho constitucional de un individuo a votar en igualdad de condiciones no puede ser negado ni siquiera por el voto de la mayoría del electorado estatal.

El argumento que hemos destacado en cursiva es lo más parecido a la invocación del margen de apreciación nacional que pueda encontrarse en un caso de Chile ante la CIDH. Con todo, el Estado chileno no utilizó el argumento del margen de apreciación hasta sus últimas consecuencias, sino más bien de forma temerosa. En realidad, ello es en parte comprensible si se tiene en cuenta que, al igual que sucedía en los casos de la ley de amnistía, el gobierno reconoció expresamente los hechos, si bien no su responsabilidad, así como la necesidad de modificar el sistema electoral en este punto:

20. En respuesta a los alegatos formulados por los peticionarios, *el Estado de Chile sostiene que no es imputable ni tiene responsabilidad alguna en la supuesta violación de derechos humanos que ha dado origen al presente caso*. Expresa que no puede exigírsele al actual

<sup>23</sup> Caso Aylwin Azócar y otros, párr. 12.

Gobierno constitucional que transgreda la institucionalidad heredada o que pretenda modificarla por medios ajenos a esa misma legalidad.

21. *Expresan los representantes del Estado que deben tenerse en consideración las iniciativas legislativas presentadas por los gobiernos democráticos para reformar la Constitución, a fin de eliminar la situación que es materia de la presente denuncia.* En tres oportunidades el Senado rechazó los proyectos del Ejecutivo destinados a suprimir la cuestionada institución de los senadores designados y vitalicios, y es imposible modificar la Constitución vigente por vías distintas a las que la propia ley fundamental establece.<sup>24</sup>

Ahora bien, tras reconocer la problemática y sus intentos de revisión normativa, el Estado chileno presenta argumentos que encierran un conato de alegato del margen de apreciación nacional. Nos referimos, en concreto, a los dos siguientes apartados donde Chile se escuda en lo que podríamos denominar *particularidades tradicionales de su sistema político* que podrían consagrar derechos de forma diferente sin que ello constituya una violación de la Convención:

22. El Estado cuestiona la naturaleza contenciosa de la petición y dice que no se evidencia claramente y que, en vez de esto, *plantea aspectos relacionados con la situación política de Chile; que no son hechos que “den cuenta o caractericen una violación de los derechos que garantiza la propia Convención” y que “la circunstancia de existir aspectos políticos y jurídicos que son considerados obstáculos para el pleno desarrollo de la democracia, o de un concepto ideal de ella, no pueden ser asimilados a hechos violatorios”;* y que más bien “la petición da cuenta de una situación de naturaleza estrictamente política”, que no es de la competencia de la Comisión conocer.

23. Sostiene el Estado chileno que *“las formas de consagración de los derechos políticos por los diferentes Estados partes de la Convención pueden diferir, pero no por ello se deben considerar como aspectos que merezcan un cuestionamiento de aquellas tradiciones democráticas”.*<sup>25</sup>

Sin duda, ésta fue una ocasión perdida para invocar en toda su amplitud el margen nacional de apreciación, ahondando en esas particularidades tradicionales del sistema político chileno que podría justificar un proceso electoral de acceso al Senado que limitase los derechos y libertades previstos por la Convención. Sin embargo, como vimos, el propio gobierno

<sup>24</sup> Énfasis añadido.

<sup>25</sup> Énfasis añadido.

chileno comenzó reconociendo los hechos y su intención de modificarlos, deslegitimando de este modo cualquier intento de acudir al margen de apreciación. De este modo, la Comisión terminó concluyendo que tal sistema electoral constituía “una odiosa e ilegítima discriminación que afecta a los ciudadanos chilenos peticionarios, la cual tiene su origen en la Constitución chilena e implica la disminución real del derecho igual de los ciudadanos a elegir sus representantes”.<sup>26</sup>

Mejor articulada, aunque también sin grandes desarrollos, se encuentra la posición de Chile en su primer caso ante la Comisión, el caso Martorell del 3 de mayo de 1996, donde un supuesto de censura previa ponía en liza la libertad de expresión, la libertad de opinión y el derecho al honor y a la vida privada. Probablemente se trata del caso que contiene los argumentos jurídicos más próximos a lo que pueda ser la invocación —si bien implícita— del margen de apreciación. En particular, el gobierno defiende que

La legislación chilena establece un equilibrio armónico entre el derecho a la honra y la privacidad y la libertad de expresión. Si bien la censura previa es inaceptable y contraria al gobierno democrático, ello no significa que no pueda aplicarse en ciertos casos excepcionales previstos por la ley.<sup>27</sup>

En otras palabras, este argumento de defensa sostiene que dentro de un Estado pueden existir limitaciones al ejercicio de derechos establecidas por ley, sobre todo en casos de conflictos entre derechos. En este caso, el gobierno chileno afirmó que el acto de censura previa constituyó una medida judicial de carácter preventivo, con fundamento legal y justificado por el “peligro inminente” de que se violase el derecho al honor.<sup>28</sup> A su vez, no se vio afectada la libertad de opinión del autor dado que el libro no contenía —en la argumentación del Estado— “opiniones o pensamientos del autor sino sólo material difamatorio y ofensivo sobre la vida privada de varias personas”.<sup>29</sup> Más allá del fundamento legal de la medida, el Estado da un giro de tuerca a su defensa acudiendo a la diferencia y contradicción de obligaciones en esta materia de dos normas internacionales obligatorias por igual para Chile: una de carácter regional, la Convención, y otra de

<sup>26</sup> Párrafo 108.

<sup>27</sup> Párrafo 48.

<sup>28</sup> Párrafo 47.

<sup>29</sup> Párrafo 46.

carácter universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En particular, en opinión de Chile:

El Pacto... acepta las restricciones contempladas en la ley para proteger los derechos y la reputación de otros. El Pacto distingue entre la libertad de expresión y el derecho a la libertad de opinión. La primera puede estar sujeta a varias restricciones, mientras que el segundo constituye un derecho absoluto.<sup>30</sup>

A nuestro parecer, estos argumentos de Chile encierran las bases para una clara invocación del margen de apreciación, que, sin embargo, no obtuvo un mayor recorrido en la medida en que se justificaron las excepciones legislativas alegadas. Tal justificación podría haber venido de la mano de una concepción de los límites a la libertad de expresión sobre la base de unos determinados valores sociales propios de la sociedad chilena que podrían, en tales casos, hacer primar el derecho al honor, a la propia imagen y a la vida privada. En la medida en que se trata de valores inherentes a la esencia misma de una sociedad, son los tribunales internos los mejor posicionados, *a priori*, para identificar los límites que permiten resolver el conflicto de derechos. Dado que la Comisión no llega a desmontar de forma suficiente ni motivada el argumento de la diferencia de obligaciones entre la Convención y el Pacto,<sup>31</sup> entendemos que de nuevo se perdió la ocasión de explorar un terreno que podría haber arrojado otro resultado para Chile en este caso, además de poder sentar un precedente en materia de margen de apreciación.

Finalmente, de los casos derivados de un normal funcionamiento democrático del Estado, como indicamos *supra*, el único que puede resultarnos, en cierta medida, interesante a los efectos de abordar el objeto de nuestro trabajo, es el caso Sahli Vera y otros, del 10 de marzo de 2005, y que constituye, además, el primer caso de objeción de conciencia en el marco del sistema interamericano. El interés se desprende del hecho de que la Comisión estima los alegatos del Estado,<sup>32</sup> pero no tanto sobre la base del margen de apreciación nacional, como sobre la base de las propias limitaciones de derechos recogidas en la Convención y confirmadas por el derecho comparado. Así:

<sup>30</sup> Párrafo 45.

<sup>31</sup> *Cfr.* párr. 56, único que dedica a esta cuestión.

<sup>32</sup> Párrafos 22-27.

La Comisión opina que el servicio militar obligatorio no está prohibido por la Convención y que el art. 6.3.b prevé específicamente el servicio militar en los países que no reconocen a los objetores de conciencia. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado chileno no violó el artículo 11 en perjuicio de los peticionarios en este caso.<sup>33</sup>

### III. LA ACTUACIÓN DE CHILE ANTE LA CORTE IDH

Si la comparecencia de Chile ante la CIDH ha tenido como trasfondo la herencia constitucional y legal de un régimen autoritario, ello es aún más patente en su comparecencia ante la Corte IDH, lo que también se deriva de su propio sistema de acceso, que reconoce como paso previo el trámite ante la CIDH. En este sentido, la Corte ha resuelto cuatro casos en contra de Chile, tres de los cuales se refieren a libertad de expresión<sup>34</sup> y uno sobre la aplicación del Decreto Ley de Amnistía de 1978.<sup>35</sup> A mayor abundamiento, los casos Palamara Iribarne y Almonacid Arellano se corresponden directamente con legislación heredada del gobierno militar (aplicación a civiles de la justicia militar y aplicación del citado Decreto Ley de Amnistía). El asunto Olmedo Bustos correspondería más bien a una situación de *herencia velada* de legislación predemocrática. Por último, el asunto Claude Reyes lo podemos situar dentro de un marco de consolidación democrática, dado que se refiere al acceso a la información pública como parte de la libertad de expresión, de manera que el paralelismo en la comparecencia del Estado de Chile en ambas instancias es evidente.

En ninguno de estos casos se ha reconocido explícitamente algún margen de apreciación nacional, aunque se pueden encontrar elementos que puedan servir de base para una futura aplicación de esta regla de hermenéutica. Las razones que justifican este alejamiento del margen de apreciación pueden encontrarse en diversos elementos. El primero de ellos, según se ha señalado en reiteradas ocasiones, deriva del propio hecho que la legis-

<sup>33</sup> Párr. 105.

<sup>34</sup> Véase *Olmedo Bustos vs. Chile*, también conocido como “La Última Tentación de Cristo”, sentencia del 5 de febrero de 2001; *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, y *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

<sup>35</sup> *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

lación nacional en las materias que se ha discutido ante la Corte provienen de un régimen no democrático. En segundo lugar, el hecho que en todos los casos en que Chile se enfrentó ante la Corte IDH, quien detentaba el poder era el grupo que estuvo en permanente oposición al régimen militar, lo que condujo a que en lo fundamental los criterios de interpretación del Poder Ejecutivo fueran muchas veces coincidentes con los de la Comisión y de la Corte, y contrarias a sus propias instituciones internas como el Poder Legislativo y el Judicial. Un tercer elemento que se debe tener en cuenta es la reticencia de algunos jueces de la Corte IDH en aplicar la doctrina del margen de apreciación, en especial del juez Antonio Cançado Trindade, un abierto opositor a dicho criterio.<sup>36</sup>

Por su parte, la argumentación del Estado de Chile en estos casos tampoco ha distado mucho de lo señalado a partir de la comparecencia ante la CIDH, con el añadido que en algunas ocasiones se aprecia un pleno acuerdo con los criterios de la propia Comisión en su calidad de parte demandante. Así puede apreciarse en el asunto *Olmedo Bustos vs. Chile*, en que el Estado expresó que:

a. no tiene discrepancias sustantivas con la Comisión; no controvierte los hechos, lo cual no significa aceptar la responsabilidad en los que respecta a los hechos.

...

c. el Gobierno no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en el sentido de dar preferencia al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión.<sup>37</sup>

De esta manera, nuevamente se produce otra circunstancia en que *pudo ser y no fue* en la argumentación del Estado de Chile. En esta línea de análisis, ejerce una fuerte influencia el contexto en que se ventila el primer asunto que enfrentó Chile ante la Corte IDH, de manera que es difícil suponer que el Estado en dichas circunstancias presentara como argumento un posible margen de apreciación en su actuación.

Sin embargo, también cabe destacar que aun cuando la defensa del Estado se hubiera fundado en la figura del margen de apreciación, difícilmente hubiese sido recogido por la Corte IDH. Ciertamente es que esta aseveración

<sup>36</sup> Véase a modo de ejemplo Cançado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 387 y ss.

<sup>37</sup> Cons. 62.

se encuentra más en la esfera de las suposiciones que de una constatación empírica, pero podemos encontrar un asidero en la propia sentencia de la Corte IDH, que adopta como parte de su argumentación las consideraciones del TEDH en el asunto *Handyside vs. Reino Unido*, uno de los *leading cases* en el reconocimiento del margen de apreciación estatal, cuando invoca razones de moralidad como fundamento para la restricción de la libertad de expresión, y precisamente en materia de censura previa.

En este sentido, la Corte IDH resaltó la función supervisora que la Corte ejerce sobre las decisiones de los Estados cuando se trata de enmarcarse dentro de los principios propios de una sociedad democrática, uno de cuyos fundamentos esenciales se encuentra en la libertad de expresión. Agrega la referencia que la norma del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>38</sup> es válido no sólo para aquellas ideas que puedan ser consideradas inofensivas o indiferentes, sino que también para aquellas que ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población, debido a la necesidad de pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura, también necesarias en el concepto de sociedad democrática. De esta manera, las restricciones deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue.<sup>39</sup>

Sin embargo, la referencia de la Corte IDH resulta parcial teniendo en cuenta que la reflexión que hace la Corte Europea en relación con su rol supervisor en la observancia de los compromisos del Estado parte del Convenio y sus Protocolos<sup>40</sup> va de la mano con el margen de apreciación que otorga el artículo 10.2 de dicho Convenio,<sup>41</sup> conclusión que la Corte IDH omite en este caso, lo que puede tener dos lecturas posibles, veamos.

Por una parte, entendemos que la Corte IDH tuvo una intención implícita pero clara en apartarse de la doctrina del margen de apreciación. En otras palabras, la intención de la Corte fue justamente la de atribuirse el rol supervisor, pero sin otorgar margen de apreciación alguno en la de-

<sup>38</sup> El artículo 10.2 del Convenio Europeo establece que “[e]l ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>39</sup> *Olmedo Bustos vs. Chile*, cons. 69, incluidas las notas al pie.

<sup>40</sup> Artículo 19 del CEDH.

<sup>41</sup> *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, cons. 49.

terminación de la moralidad o no de la medida restrictiva de la libertad de expresión,<sup>42</sup> en línea a su vez con la idea de una mayor supervisión por parte de la Corte IDH conlleva una menor libertad de apreciación para los Estados parte de la Convención.<sup>43</sup> Esta posición se entiende en el contexto de democracias recientes con serios resabios de legislación predemocrática. Sin embargo, también se puede desprender una segunda lectura, que proyectada en la consolidación de regímenes democráticos, especialmente en el caso de Chile y de otros muchos países de América Latina, puede tener el sentido que al Estado pueda otorgarse un margen de apreciación si —y sólo si— se consolida como un régimen democrático.

El asunto *Palamara Iribarne vs. Chile* contiene otro elemento posible para otorgar un margen de apreciación, derivado de las restricciones a la libertad de expresión fundado en la protección de la seguridad nacional. Sin embargo, la Corte estimó como cuestión de hecho que el libro no vulneraba la reserva y la seguridad de la Armada de Chile, amparándose en informes periciales que habría recibido la misma Armada en este sentido,<sup>44</sup> de manera que no se hizo necesario un análisis sobre el margen de apreciación que eventualmente pudiera tener el Estado como fundamento para restringir la libertad de expresión, en línea con diversa jurisprudencia europea en este sentido.<sup>45</sup>

Sin embargo, la Corte reconoce que el requisito de “necesidad” contemplado en el artículo 13.2 de la CADH y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión deben estar establecidas por ley, orientadas a la satisfacción de un interés público imperativo, limitado por la obligatoriedad de escoger la alternativa que menos afecte el derecho protegido, de manera que “la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo,

<sup>42</sup> A pesar que la Corte Europea considera que “a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion”. *Wingrove vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de noviembre de 1996, cons. 58.

<sup>43</sup> Véase en este sentido *The Sunday Times vs. Reino Unido*, sentencia del 26 de abril de 1979, cons. 59; Lasagabaster, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario Sistemático*, Madrid, Thomson, 2009, p. 519.

<sup>44</sup> *Palamara Iribarne vs. Chile*, cons. 75.

<sup>45</sup> Caso en el cual el margen de apreciación puede considerarse aún más amplio, según lo expresado por la Corte Europea en el asunto *Hadjianastassiou vs. Grecia*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, cons. 38 y ss.

interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio a la libertad de pensamiento y expresión”.<sup>46</sup> De esta reflexión se puede desprender un criterio claro de actuación, en la medida que el Estado está sujeto a un *test de proporcionalidad* para la determinación si la restricción es adecuada al interés protegido.<sup>47</sup> Así, a pesar que esta constatación no hace más que reafirmar otras anteriores que no se corresponden con los límites contemplados en la naturaleza de este trabajo,<sup>48</sup> es cierto que se puede identificar una estrecha vinculación entre la doctrina del margen de apreciación y el principio de proporcionalidad, en tanto éste puede servir como un criterio para evaluar si las autoridades nacionales han sobrepasado su margen de actuación.<sup>49</sup>

Un tercer elemento relevante en los casos que ha enfrentado Chile ante la Corte IDH se puede encontrar en el denominado “control de convencionalidad”, cuya consagración se encuentra a partir del asunto *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

En efecto, según ya se ha adelantado en los casos ventilados ante la Comisión, la Corte se enfrentó a la vigencia y la aplicación del decreto ley de amnistía. Cabe consignar que, tal como hemos señalado, en la argumentación del Estado de Chile se desprende, en lo fundamental, un acuerdo con los criterios de la Corte. Así, dentro de los alegatos del Estado de Chile se señaló que:

<sup>46</sup> Cons. 85 (se omite la nota al pie). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, en cuyo cons. 93 señaló que “[c]orresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”. En este caso cabe consignar que la Corte IDH constató primeramente que la restricción aplicada por el Estado no estaba contemplada por ley (cons. 94).

<sup>47</sup> Sobre el principio de proporcionalidad véase, entre otros, Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, pp. 264 y ss.; Sánchez, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007, y Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010.

<sup>48</sup> Véase los casos de *Colegiatura Obligatoria de Periodistas*, OC-5/85, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, *Ricardo Canese vs. Paraguay*.

<sup>49</sup> Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anwerp-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002, p. 18.

a) por principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos;

...

c) comparte la opinión de la Corte Interamericana que por principio es deseable que las leyes de amnistía no existan, pero que, de existir, éstas no pueden ser un obstáculo para el respeto de los derechos humanos.<sup>50</sup>

Según el análisis ya realizado a partir de los casos de vigencia y aplicación del decreto ley de amnistía por parte de la Comisión, la Corte estimó que había sido llamada a pronunciarse respecto a si el Estado cumplió con los deberes generales establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención al mantener en *vigencia* dicha norma, así como también si su *aplicación* constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativo a las garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.<sup>51</sup> Lo primero que hace notar la Corte IDH en este sentido es que:

El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 2191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque... el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.<sup>52</sup>

En cuanto a la *aplicación* del decreto ley de amnistía, señaló:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque

<sup>50</sup> Cons. 85.

<sup>51</sup> Cons. 90.

<sup>52</sup> Cons. 121. Véase *supra* nota 16.

los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>53</sup>

En consecuencia, la Corte IDH se sitúa como el último intérprete de la CADH, lo cual no es realmente una novedad teniendo presente que el artículo 62.3 le otorga expresamente la facultad de interpretar y aplicar sus disposiciones. Sin embargo, entendemos que la novedad radica en que los criterios futuros de los tribunales internos deben sujetarse a la interpretación de la Corte IDH, otorgando a su jurisprudencia un alcance que va más allá de la simple obligatoriedad a las partes, que lo amplía hacia un carácter general, a la manera de un *stare decisis de facto*,<sup>54</sup> comportándose a la vez “como un verdadero tribunal constitucional cuando se trata de crímenes de lesa humanidad declarando inaplicables en todo el país y con efecto *erga omnes* las leyes de amnistía”.<sup>55</sup> De ahí entonces es que se señala que el control de convencionalidad<sup>56</sup> que sugiere el caso Almonacid Arellano es

<sup>53</sup> Cons. 124, énfasis añadido por los autores. Resulta discutible si la calificación que la Corte hace acerca de si una norma interna tiene o no valor jurídico forma parte de las facultades de la Corte, o si por el contrario, actúa *ultra vires*. Esta consideración excede ampliamente los objetivos de este trabajo. Sin embargo, cabe consignar algunos comentarios en este sentido, especialmente en Drnas de Clement, Zlata, “Claroscuros del Aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Rey, Eduardo y Calvo, Patricia (eds.), *200 Años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso Internacional: Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Santiago de Compostela, Ediciones Universidade de Santiago de Compostela, 2010, p. 2194.

<sup>54</sup> Véase Sagüés, Néstor, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 8/1, 2010, p. 125.

<sup>55</sup> Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 123. El autor agrega que la Corte IDH viene haciendo este control desde siempre aunque la terminología de “control de convencionalidad” haya sido utilizada durante el último tiempo. *Ibidem*, p. 124.

<sup>56</sup> Entre sus detractores, Drnas de Clement apunta a que esta obligación, por una parte, no está fundada en derecho, y por otra al hecho que las decisiones de la Corte IDH puede ser adoptadas eventualmente por tres de los siete miembros, lo que resta autoridad a dicha interpretación. Drnas de Clement, Zlata, *op. cit.*, p. 2199. En voto

un control de convencionalidad en sede interna, en contraposición con el control de convencionalidad que realiza la propia Corte en relación con la compatibilidad de las normas internas con la Convención.<sup>57</sup>

Este control, por su parte, habría de ejercerse por los diversos poderes del Estado, en función de sus atribuciones, de manera que la compatibilidad de ciertas normas del orden interno con la CADH, así como su creación, modificación o derogación corresponderá tanto a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Sin embargo, la Corte IDH también obliga a quienes interpretan la norma a armonizar dicha interpretación con la interpretación que hace la propia Corte.

Desde la perspectiva del margen de apreciación, podemos entender que si un control de convencionalidad se realiza en función de la existencia de ciertas normas establecidas en un tratado internacional, puede quedar intacta la posibilidad de otorgar un margen de apreciación en su interpretación, dado que basta que el legislador adecue la norma a la CADH, con independencia que su aplicación pueda ser en ciertos casos más amplia o más restringida en función con la realidad interna. Sin embargo, cuando la Corte exige que dicho control de convencionalidad se haga no sólo en relación con la norma interna *versus* la norma del tratado —cuestión que

disidente, Cançado Trindade sostiene que la obligación de los Estados de armonizar su legislación interna con la normativa de protección contenida de la CADH establecida en el artículo 2 de esta última “abre efectivamente la posibilidad de un ‘control de convencionalidad’, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana”, de manera que se constituye como un criterio de cumplimiento de dicha disposición. Voto disidente del juez Cançado Trindade en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 30 de noviembre de 2007 (solicitud de interpretación de sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cons. 9.

<sup>57</sup> Véase entre otros Rey Cantor, Ernesto, *Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes*, ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Perú, septiembre de 2009, p. 9, y Sagüés, Néstor, *op. cit.*, pp. 120 y 121. Una insinuación en este sentido aparece también en el cons. 98 del asunto *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en el que la Corte señaló que “la restricción aplicada en el presente caso no cumplió con los parámetros convencionales. Al respecto, la Corte entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales... crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”.

se corresponde a una actividad propiamente legislativa— sino que además en relación con la interpretación que la propia Corte da de dicha norma —cuestión que ya se sitúa en la esfera jurisdiccional— el margen de apreciación que puedan tener los órganos internos pasa a ser mínimo.

Siguiendo en este punto a Néstor Pedro Sagüés, si en la interpretación de una norma de la Convención, la Corte considera la existencia de un cierto margen de apreciación al Estado en consideración a sus particularidades, dicha interpretación no sería extrapolable necesariamente a otro Estado parte de la Convención, de manera que la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por la Corte IDH exigiría distinguir entre interpretaciones esenciales o fundamentales de la norma en cuestión *versus* ciertas interpretaciones *ad hoc*, de valor solamente, al menos en principio, para el caso concreto en que fueron formuladas.<sup>58</sup> Sin esta distinción explícita, no cabe de manera alguna el margen de apreciación nacional, debido a que la interpretación que haga la Corte IDH será obligatoria con carácter general a todos los tribunales del sistema interamericano.

Por último, queda abierta la cuestión de si la Corte podría otorgar un margen de apreciación en la aplicación de la norma, especialmente teniendo presente el principio de proporcionalidad, con la correspondiente ponderación de derechos, según se ha señalado *supra*. Ello puede tener mayor relevancia en el caso que, aún siguiendo la interpretación de la Corte en un caso concreto, el Estado decida aplicar un derecho con primacía a otro derecho en conflicto. Al menos en los casos de Chile ante la Corte, esta cuestión en concreto no se ha planteado.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

De los informes de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH se pueden desprender tres grandes cuestiones que tocan de manera más o menos directa con el margen de apreciación nacional.

En primer lugar, y relacionado directamente con la vigencia y aplicación del decreto ley de amnistía, los criterios de la CIDH y de la Corte apuntan hacia un estrecho margen de apreciación, en la medida que no sólo la vigencia de la norma se considera contraria a las normas de derecho internacional en general, y a la CADH en particular. Sin embargo, a partir

<sup>58</sup> Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 126.

de dicha constatación, la Corte IDH va más allá, considerando como una forma de unificación a nivel interamericano la obligación de los órganos de adjudicación internos de adecuar su propia interpretación de los derechos reconocidos en la CADH a la que haya realizado la Corte en los casos pertinentes, lo que constituye a nuestro parecer la práctica neutralización de los márgenes de deferencia que un órgano internacional pueda otorgar a uno interno.

Una segunda cuestión dice la relación con los derechos de participación política y, en fin, el propio diseño democrático de un Estado. El asunto Senadores Vitalicios puede servir como un botón de muestra en la manera que las facultades de las instancias interamericanas también pueden servir como un medidor de la estructura interna del propio Estado. En efecto, la Comisión evitó abordar el problema del margen de apreciación, entre otras razones porque el mismo Estado de Chile se automarginó de invocarla, transformándose en rigor en un soporte de la propia pretensión del Estado de Chile. Sin embargo, a partir de esta constatación es cuestionable hasta qué punto los órganos interamericanos pueden intervenir en la configuración del orden interno, frente a la consecución de ciertos ideales democráticos. Por ejemplo, podemos cuestionarnos si la Comisión podría calificar la inexistencia de la iniciativa popular de ley, la inexistencia de un defensor del pueblo u ombudsman, la falta de elegibilidad popular de ciertos cargos regionales como elementos que contradigan los ideales actuales de una sociedad democrática. Así, este caso nos sitúa ante el margen de apreciación en relación directa con la autonomía institucional del Estado para establecer un determinado modelo de organización política democrática. Sin duda, es en este ámbito de los derechos políticos donde el margen de apreciación nacional puede gozar de un mayor recorrido en democracia.

Así, tanto la Comisión como la Corte marcan los límites de la interpretación del juez nacional por referencia a los límites de protección del derecho, y ello debe hacerse lógicamente en cada caso concreto. La ausencia de consenso, que es la idea que está detrás de la noción del margen de apreciación, es diferente en función de la categoría de derechos de que se trate: hay mayor consenso en materia de derechos civiles (más vinculados a la dignidad humana y, por tanto, de carácter imperativo) y menor consenso en los derechos políticos (más vinculados a la autonomía institucional de los Estados y, en consecuencia, de carácter dispositivo).

En otro orden de cosas, el análisis de la experiencia chilena ante la CIDH y la Corte IDH nos ha puesto ante la concepción la protección de los derechos humanos bajo la noción de sistema. Como tal, son a nuestro parecer

dos los principios que asoman en la vertebración del sistema interamericano a la luz del margen de apreciación nacional: el de proporcionalidad y el de subsidiariedad. En primer lugar, un elemento que puede resultar interesante en una futura cabida del margen de apreciación en el sistema interamericano reside en la consagración del principio de proporcionalidad como un parámetro de cumplimiento de la Convención por parte de los Estados en la restricción de ciertos derechos fundamentales. Entendemos que dicho principio obliga también a la Comisión y a la Corte a indagar si la justificación por parte del Estado satisface específicamente el criterio de necesidad en una sociedad democrática, y si por su parte se constituye en la opción que tiene por efecto vulnerar en la menor medida el derecho conculcado. Evidentemente estos parámetros se constituyen como medida que permite determinar si el Estado actuó dentro de los parámetros de sus obligaciones internacionales.

A su vez, la doctrina del margen de apreciación nacional nos sitúa ante una suerte de analogía con el principio de subsidiariedad, como principio rector de actuaciones en ámbitos de gobernanza multinivel. En este sentido, un tribunal regional (en nuestro caso, la Corte IDH) sólo podrá desmontar la interpretación o aplicación que realice un tribunal nacional (en este caso, sobre todo, la Corte Suprema de Chile) en aquellos casos en que se encuentre justificada por desvirtuar el objeto y fin de la Convención. En otras palabras, en el actual estado de evolución del derecho internacional de los derechos humanos, y en un contexto de sociedades democráticas consolidadas, el margen nacional de apreciación puede aparecer como la norma, y su improcedencia a favor de los tribunales regionales, la excepción.

Esta afirmación puede fundamentarse en el hecho de que el principio de autonomía institucional de los Estados reviste de legitimidad a sus órganos para aplicar e interpretar su ordenamiento jurídico, entre el que se cuentan sus compromisos internacionales, hasta el punto de llegar a ser pautas de interpretación y aplicación de normas internas, especialmente en materia de derechos humanos. La tan manida relatividad de los derechos humanos parte de la heterogeneidad derivada de esa autonomía institucional que se ajusta a muy diversas sociedades estatales, con valores y principios muy enraizados en cada tradición cultural.

Ahora bien, en este contexto los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen una *opinio iuris* sobre los contenidos mínimos comunes a una determinada comunidad de Estados, sobre la base de sus tradiciones culturales y constitucionales. La creación de un órgano judicial garante del sistema cumple la única función de velar porque las

autoridades nacionales apliquen e interpreten esos contenidos mínimos respetando el objeto y fin de la Convención. Por tanto, y por su propia naturaleza, en el plano jurisdiccional el activismo está muy limitado en la medida en que siempre ha de estar en sintonía con las pautas axiológicas de cada sociedad estatal —afectada por la litis de que se trate— y de la comunidad de Estados en su conjunto y en el momento en que se realiza la interpretación o aplicación del Convenio. Por tanto, todo tribunal internacional de derechos humanos debe hacer la doble labor de confrontar el Convenio con la realidad estatal individual y con la realidad estatal colectiva, pues todo convenio es deudor —y acreedor— de ambas realidades.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Doctrina*

- ALDUNATE, E., *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anwerp-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2002.
- BARBOSA DELGADO, F., “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en el presente volumen.
- CANÇADO TRINDADE, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Librotecnia, 2010.
- DRNAS De CLEMENT, Z., “Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, en REY, E. y CALVO, P. (eds.), *200 años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso Internacional: Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Santiago de Compostela, Ediciones Universidade de Santiago de Compostela, 2010.
- HITTERS, J. C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 7/2, 2009.
- LASAGABASTER, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario Sistemático*, Madrid, Thomson, 2009.

- MATUS, J. P., “Informe Pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Aplicación Jurisprudencial de Decreto Ley 2191 de Amnistía, de fecha 19 de abril de 1978”, *Ius et Praxis*, núm. 12/1, 2006.
- NÚÑEZ POBLETE, M., “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en el presente volumen.
- REY CANTOR, E., *Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes*, ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Perú, septiembre, 2009.
- SAGÜÉS, N. P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 8/1, 2010.
- SÁNCHEZ, R., *El Principio de Proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.

## 2. *Jurisprudencia*

### A. *CIDH*

- Informe núm. 11/96, caso núm. 11.230, Francisco Martorell *vs.* Chile, 3 de mayo de 1996.
- Informe núm. 36/96, caso núm. 10.843, Garay Herмосilla y otros *vs.* Chile, 15 de octubre de 1996.
- Informe, 34/96, casos Varios, Meneses Reyes y otros *vs.* Chile, 15 de octubre de 1996.
- Informe 25/98, casos Varios, Chanfreau Orayce y otros *vs.* Chile, de 7 de abril de 1998.
- Informe núm. 133/99, caso núm. 11.725, Soria Espinoza *vs.* Chile, 19 de noviembre de 1999.
- Informe núm. 137/99, caso núm. 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros *vs.* Chile, 27 de diciembre de 1999.
- Informe núm. 61/01, caso núm. 11.771, Catalán Lincolecó *vs.* Chile, 16 de abril de 2001.
- Informe núm. 43/05, caso núm. 12.219, Sahli Vera y otros *vs.* Chile, 10 de marzo de 2005.
- Informe núm. 40/09, caso núm. 442-05, Mancilla Saldivia *vs.* Chile, 27 de marzo de 2009.
- Informe núm. 110/09, caso núm. 12.470, Israel Zipper *vs.* Chile, 10 de noviembre de 2009.

Informe núm. 56/10, caso núm. 12.469, caso Barbería Miranda *vs.* Chile, 18 de marzo de 2010.

### B. Corte IDH

Caso Olmedo Bustos *vs.* Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001.

Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

## 2. TEDH

Caso Handyside *vs.* Reino Unido, sentencia del 7 de diciembre de 1976.

Caso The Sunday Times *vs.* Reino Unido, sentencia del 26 de abril de 1979

Caso Hadjianastassiou *vs.* Grecia, sentencia del 16 de diciembre de 1992.

Caso Wingrove *vs.* Reino Unido, sentencia del 25 de noviembre de 1996.