

## Comentario hemerográfico

Aaron A. OSTROVSKY, “What’s so Funny about Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *Hanse Law Review*, Bremen, vol. 1, núm. 1, [Alemania], abril de 2005, pp. 47-64.

El término “margen de apreciación” ha sido utilizado en cientos de decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos para referirse al margen de maniobra mediante el cual las autoridades nacionales pueden cumplir sus compromisos principales en los términos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se trata de uno de los mecanismos que ha permitido un equilibrio de largo plazo entre aquellos intereses locales e internacionales que frecuentemente se contraponen. La doctrina se ha desarrollado principalmente para resolver tensiones entre la universalidad de los derechos humanos tal y como han sido definidos en la Convención, los principios de seguridad nacional de cada país y la diversidad cultural que caracteriza al continente.<sup>1</sup> El autor de “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, Aaron Ostrovsky, es un abogado norteamericano graduado de las universidades de Michigan y Washington. Se desempeña en el bufete K&L Gates Professionals de Seattle y entre sus publicaciones recientes destaca el interés por la legislación de la Convención Europea, los derechos de ciudadanía en el contexto contemporáneo y la reglamentación del comercio y la biotecnología.<sup>2</sup>

La Doctrina del Margen de Apreciación fue creada por la Comisión Europea de Derechos Humanos y solamente allí ha sido definida en el nivel doctrinario.

<sup>1</sup> Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *Hanse Law Review*, vol. 1, núm. 1, 2005, abril, p. 50.

<sup>2</sup> K&L Gates Professionals, Aaron A. Ostrovsky, en: <http://www.klgates.com/professionals/detail.aspx?professional=3132>, consultado en agosto de 2007.

Sin embargo, Ostrovsky encuentra ejemplos de principios semejantes en diversos países y tradiciones jurídicas, cuyo “valor en el equilibrio de los derechos fundamentales con la flexibilidad regulatoria es similar”. En Estados Unidos la prueba de racionalidad básica (*Rational Basis Test*) ha sido utilizada en el contexto nacional para dilucidar conflictos de interés entre los ámbitos estatal y federal, a diferencia del carácter internacional del mecanismo europeo.<sup>3</sup> Estas prácticas funcionan en general como mecanismos para la preservación de los principios constitucionales a través de la contextualización de las medidas, un proceso jurídico de carácter pragmático. La idea de la cual surgió fue la aplicación de la ley en tanto se fortalece su legitimidad y aceptación social con base en su adaptación a circunstancias específicas. La aplicación contextualizada de los principios y derechos no debe ser confundida con una suerte de “manga ancha” para que el Estado actúe sin apego a la normativa. El autor alerta contra lo que puede ocurrir cuando la política de derechos humanos se subordina a lo que el Estado perciba discrecionalmente como su interés. El contraejemplo que utiliza es el de Israel, nación que ha legalizado la tortura y otras violaciones graves de los derechos humanos cuando determina que un individuo o grupo es sospechoso de realizar actividades contrarias a la seguridad nacional. Ostrovsky apunta que este caso es particularmente importante para refutar el asociarlo con la Doctrina del Margen de Apreciación porque se basa en la apreciación discrecional de las agencias de seguridad y no en principios jurídicos constantes aplicados de forma consistente.<sup>4</sup>

Es importante recalcar que la Doctrina de Margen de Apreciación se ha desarrollado en la práctica cotidiana de gobierno y resolución de conflictos europeos, ya no aparece directamente en el texto de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Es un instrumento interpretativo mediante el cual el Tribunal puede distinguir entre la materia propia de las decisiones en el nivel comunitario y aquellas que resultan tan fundamentales que se imponen los mismos requisitos a todos

---

<sup>3</sup> La prueba de racionalidad básica se basa en la noción de que el Estado se encuentra en una mejor posición debido a su capacidad técnica y legitimidad democrática, para determinar lo adecuado de ciertas medidas. Los tribunales solamente intervienen cuando los valores constitucionales básicos son amenazados. De esta forma la doctrina sirve para proteger el núcleo constitucional dentro del sistema jurídico norteamericano. A. A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *op. cit.*, pp. 60-63.

<sup>4</sup> En este ejemplo apunta que se desobedece los pactos y convenios que esta nación ha firmado al respecto y que reconocen de manera casi universal que la tortura es una violación grave. Este consenso, no obstante, existe en el nivel de los principios y no de su aplicación, con lo que Israel asume implícitamente que la laxitud judicial podría aplicarse en cualquier circunstancia. Es evidente, prosigue, que el caso apunta a la necesidad de tener límites claros al formular el margen de maniobra jurídico en toda aplicación.

los Estados, sin tomar en cuenta las variaciones culturales. Como herramienta jurídica ayuda en la detección de la violación de los valores fundamentales protegidos por la Convención dentro de un sistema más amplio.<sup>5</sup> Hasta ahora ha sido utilizada en casos en que la doctrina de los derechos humanos se contraponen con la seguridad del Estado o con usos y costumbres muy arraigados. A partir de estos inicios la doctrina evolucionó, transformándose en un mecanismo para que la diversidad europea, las soberanías y la voluntad de las mayorías democráticas tengan cabida funcional en el marco del respeto y la vigencia de los postulados de la Convención. El propósito utilitario de la doctrina llevó a O'Donnell a expresar que: "mientras que es difícil definirla, el margen de apreciación se refiere a la libertad (*latitude*) que se permite a los Estados miembros en su observancia de la Convención".<sup>6</sup> Bakircioglu, siguiendo a Benvenisti, considera que se basa en la premisa de que cada sociedad puede ejercer cierta laxitud al equilibrar los derechos individuales y los intereses nacionales, en particular al resolver conflictos que surjan de puntos de vista moral diferentes. Definida de esta forma, la Doctrina del Margen de Apreciación se refiere al poder de un Estado, dentro del pacto representado por la firma de la Convención respectiva, de evaluar las circunstancias y aplicar las medidas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La doctrina puede ser considerada análoga al concepto de discrecionalidad judicial (*judicial discretion*) en la cual un Juez, dentro de los límites impuestos por la legislación, puede tomar una resolución dentro de una gama de posibles soluciones.<sup>7</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la Doctrina del Margen de Apreciación sobre la base de que la Convención es un documento vivo y que debe ser interpretado para poder aplicarse; la base de esta interpretación es el concepto de "consenso", un precepto vital para que la aplicación diferencial sea legítima y aceptada por los países miembros. Debido a la diversidad cultural el hecho de que existan acuerdos sobre temas específicos no crea lo que Ostrovsky llama una "euronorma". En su lugar, el Juez Walsh subrayó que mediante la "naturaleza tenue" se puede determinar un consenso, así como la dificultad de distinguir claramente entre prácticas culturales y meras preferencias en

---

<sup>5</sup> A. A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", en *op. cit.*, pp. 48-50.

<sup>6</sup> Thomas A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, p. 475.

<sup>7</sup> Es un instrumento vital para enlazar los conceptos jurídicos y legislativos con la realidad siempre dinámica que permite a los jueces aplicar el espíritu de la norma atendiendo al mismo tiempo las circunstancias específicas de cada caso. Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, consensus, and universal standards", en *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 711.

el contexto de la práctica jurídica europea contemporánea. Para el autor, buscar consensos allende los límites europeos supone un ejercicio todavía más difícil por la disparidad cultural, económica, social y política de otras latitudes.<sup>8</sup> Debido a estas consideraciones y la posible negación de los principios de universalidad de los derechos humanos, Benvenisti ha criticado la Doctrina del Margen de Apreciación. Considera que niega el principio y anhelo de universalidad amparado en la legislación internacional referente a los derechos humanos. El hecho de que sea una creación de la corte europea, que junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye el ámbito principal de creación de mecanismos jurídicos para la protección de los derechos humanos en el planeta aumenta el peligro. La doctrina fue desarrollada como mecanismo para conservar cierto margen de maniobra respecto de derechos individuales e intereses nacionales, pero está fundamentada, según él, en el relativismo cultural y resulta arriesgado utilizarla de manera general.<sup>9</sup>

Ostrovsky responde a las críticas argumentando que la doctrina ha resultado un instrumento útil para la implementación práctica de sistemas de protección de los derechos humanos en un contexto multicultural y muy dinámico como Europa. Ha resultado una herramienta valiosa para incorporar las diferencias entre sociedades dentro del marco de la Convención Europea y esto abre una nueva discusión: ¿a pesar de su utilidad, es la Doctrina del Margen de Apreciación una técnica *legítima* para enfrentar la diversidad entre los Estados miembros de la Convención Europea? Sin duda, la mayoría de los argumentos contra la doctrina se basan en el relativismo cultural. Pero ofrece varios contraejemplos, entre los que destacan los casos de la prohibición del uso de velos por parte de las mujeres musulmanas. En Suiza y Turquía se legisló contra esta ostentación de símbolos religiosos exteriorizados y la Corte Europea rechazó derogar las nuevas normas con base en la costumbre. Los promotores de la queja habían invocado el artículo 9 de la Convención Europea, pero la Corte aceptó la argumentación de las autoridades suiza y turca al argumentar que con la medida “se protegían derechos de otros” y que se “mantenía el orden público” en el caso de la estudiante austriaca en Turquía. En resumen, propone la doctrina permite a un tribunal la legi-

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, una comisión que buscara el consenso acerca de prácticas como la sodomía probablemente trataría de ignorar aquellos casos que se disparan de la consideración judicial más común, como en Zimbabwe o Arabia Saudita. Para Ostrovsky, el riesgo de este tipo de comisiones estriba en que seleccione sólo los ejemplos que sirven para impulsar su propia propuesta y lo llevan a suponer que ésta es la causa de que los consensos en el derecho internacional se localicen únicamente en las normas que constituyen *jus cogens*. A. A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>9</sup> E. Benvenisti, “Margin of Appreciation, consensus, and universal standards”, en *op. cit.*, pp. 843-844.

timación de sus decisiones al incorporar las preferencias nacionales o culturales dentro del proceso. Para él, este método es perfectamente compatible con la concepción universal de los derechos humanos. La Corte Europea ha demostrado con su práctica la importancia de tomar en cuenta que para legitimarse en un contexto mundial diverso es necesario tomar en cuenta los niveles y diferencias institucionales. No hacerlo significa un peligro mayor para los organismos de derechos humanos. El Margen de Apreciación permite al Tribunal operar no sólo dentro del cosmos abstracto del universalismo, sino profundizar en el nivel pragmático de la aplicación de la normativa. Está basado en la idea del compromiso por parte del ramo judicial para dar capacidad de maniobra al aparato administrativo en las áreas que el legislativo deja deliberadamente indefinidas.<sup>10</sup>

Otras críticas a la doctrina han apuntado a sus problemas específicos de aplicación. Para algunos investigadores, los límites de la teoría residen en las deficiencias de los sistemas democráticos actuales. Al basarse sobre supuestos consensos culturales o nacionales, la doctrina no sirve en conflictos que ocurren entre mayorías y minorías dentro de un sistema político democrático, porque la formulación original invoca el "interés nacional", no el de las mayorías. De ser así, la doctrina solamente sería útil al aplicar principios que benefician a toda la población por igual o que impiden acciones dañinas, como los discursos de odio o racistas. La Doctrina del Margen de Apreciación podría ser invocada por las mayorías nacionales para aplastar a las minorías en sus derechos educativos, de expresión o religiosos. Esto se debe a que las minorías "discretas e insulares" son comúnmente sobrevotadas (*outvoted*) y por lo tanto subrepresentadas y vulnerables en razón de estos factores. En el marco de las reglas de la democracia actual, en diversas naciones europeas la mayoría puede aplastar y negar los derechos de minorías utilizando la doctrina como instrumento. Para Benvenisti, la forma de evitar la eliminación de los derechos minoritarios de "forma democrática" sería la intervención internacional, que tendría que chocar con las objeciones sustentadas en principios de relativismo cultural.<sup>11</sup>

Ostrovsky concluye rechazando que las críticas sean objeciones fundamentales, sino el riesgo que toda doctrina jurídica corre en caso de ser mal interpretada o invocada en casos injustos e ilegítimos. La cultura de los derechos humanos

---

<sup>10</sup> A. A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", en *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>11</sup> Benvenisti sugiere evitar la doctrina como expresión máxima de la búsqueda de consenso que utiliza la Corte Europea como guía jurídica debido a que esto debilita los principios universalistas. Se corre el peligro de que esta Corte y otros tribunales que sigan su ejemplo claudiquen en la vocación internacional de los derechos humanos a favor de que los Estados nacionales tomen decisiones políticas basadas en "la mayoría" y supriman la oposición interna. E. Benvenisti, "Margin of Appreciation, consensus, and universal standards", en *op. cit.*, pp. 847-854.

resalta de forma especial el universalismo, que tradicionalmente se ha contrapuesto al relativismo cultural. La retórica de los derechos humanos contiene casi siempre un fuerte componente ético que enfatiza un núcleo “moralmente superior” a las diferencias culturales. Pero existe una clara contraposición entre el principio universal y el particular en la práctica jurídica del Tribunal. Los abogados que litigan casos de derechos humanos en Europa frecuentemente tratan de demostrar una posición ética en esencia. Por otra parte, los tribunales dedicados a estos casos generalmente intentan legitimar su posición como forma de cimentarla y que tenga efectos positivos. Esto implica casi siempre la adopción de criterios culturales que en la práctica diluyen el componente moral de las sentencias. Desde la perspectiva pragmática, el margen de apreciación ha comenzado a desarrollar una relación simbiótica con el principio de universalidad de los derechos humanos. Para Ostrovsky esto significa que, lejos de contraponerse con los derechos humanos, la Doctrina del Margen de Apreciación se basa y fortalece los principios de universalidad al ayudar a la Corte Europea a determinar la nuclearidad de los valores y poder emitir sentencias legítimas, significativas y aplicables. La doctrina permite que una concepción universal de los derechos humanos sea aplicada de manera jerarquizada y complementaria con los derechos regionales o nacionales.<sup>12</sup> El margen de apreciación se ha convertido en un instrumento para los tribunales de derechos humanos en la búsqueda del equilibrio entre la moralidad esencialista en la que se basa el universalismo y el relativismo inherente a la flexibilidad necesaria para legitimarla. El margen de apreciación utiliza este grado de relativismo cultural dentro de los límites de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos para resolver las diferencias que existen entre los Estados miembros de forma que se preserven los valores fundamentales que consagra de común acuerdo. La Corte Europea de Derechos Humanos lo ha desarrollado para guiarse con base en los lineamientos esenciales de la Convención, trazando una vigorosa defensa de los valores fundamentales a través del respeto por los derechos locales y la legitimación de sus decisiones.

Carlos BROKMANN HARO  
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

---

<sup>12</sup> A. A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, en *op. cit.*, pp. 57-58.