

# UN NUEVO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VERTICAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA<sup>1</sup>

## A new vertical constitutional control in the Argentine Republic

---

**Dr. Pablo Octavio Cabral**

Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Nacional de La Plata (Argentina)  
<https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>  
[pablooctaviocabral@yahoo.com.ar](mailto:pablooctaviocabral@yahoo.com.ar)

### **Resumen**

El trabajo analiza críticamente la doctrina del superior tribunal federal argentino sobre la utilización de dos conceptos que permiten advertir una transformación del rol de la Corte Suprema, que implica su fortalecimiento institucional, consistente en arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del Derecho público de nuestra Constitución y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margin de apreciación nacional*, replicada en su relación con las provincias en el *margin de apreciación local*. Así estas decisiones judiciales ponen en crisis el principio de soberanía popular y el sistema democrático de la República argentina al desequilibrar el peso de los poderes constituidos privilegiando las facultades de decisión de la cabeza del Poder Judicial, en perjuicio de los poderes con representación directa del pueblo.

**Palabras claves:** constitucionalidad, convencionalidad, control judicial, principios de derecho público, soberanía popular.

### **Abstract**

This paper critically analyzes the doctrine of the Argentine Supreme Federal Court on the use of two concepts that reveal a transformation in the role of the Supreme Court, which implies its institutional strengthening. This

---

<sup>1</sup> Este documento fue producido en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo Crítico de la Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo (GIDAC-UNMa).

transformation consists of assuming the power to review the constitutionality of norms and decisions of international human rights systems, based on the discretionary use of the principles of public law of our Constitution and a particular vernacular version of the foreign doctrine of the national margin of appreciation, replicated in its relationship with the provinces in the local margin of appreciation. Thus, these judicial decisions jeopardize the principle of popular sovereignty and the democratic system of the Argentine Republic by unbalancing the weight of the constituted powers, privileging the decision-making powers of the head of the Judiciary, to the detriment of the powers that directly represent the people.

**Key words:** constitutionality, conventionality, judicial control, principles of public law, popular sovereignty.

## **Sumario**

1. Presentación. 2. Algunas cuestiones generales y contextuales previas. 3. El posicionamiento político e institucional de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación. 3.1. La CSJN como cabeza del poder judicial. Los misteriosos principios del Derecho público constitucional (art. 27 CN). 3.2. La CSJN frente al sistema normativo supranacional. El margen de apreciación nacional. a) Conceptualización del margen de apreciación nacional (Horacio Rosatti). Hacia un nuevo control de constitucionalidad vertical (supranacional). b) Su origen jurisprudencial en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). c) El margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). d) La restricción o limitación de derechos en la Convención Americana de Derechos Humanos. 3.3. El margen de apreciación nacional en la sentencia *Fontevicchia*. 4. El margen de apreciación nacional después del fallo “Escalante”. 4.1. El caso “Escalante” (12 de agosto de 2022). 5. El concepto “margen de apreciación nacional” después del fallo “Escalante”. 6. Conclusiones.

## **Referencias bibliográficas.**

## **1. PRESENTACIÓN**

En este trabajo pretendo analizar la doctrina del superior tribunal federal sobre la utilización de dos conceptos que permiten advertir una transformación del rol de la Corte Suprema, que implica su fortalecimiento institucional, consistente en arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del Derecho público de nuestra Constitución (“*Fontevicchia II*”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margen de apreciación nacional* (“*Escalante*”), replicada en

su relación con las provincias en el *margen de apreciación local* (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

Nuestra Corte, mediante las doctrinas que fue construyendo sutilmente en algunos de sus precedentes, intenta crear una nueva herramienta para el control político de los poderes constituidos que están integrados por los representantes del Pueblo. Es una nueva versión del sistema constitucional de frenos y contrapesos, aumentando el poder de los integrantes de la Corte Suprema mediante un escrutinio posmoderno, por un lado, de las decisiones internacionales que protegen los derechos humanos y, por el otro, de los derechos y las políticas de las provincias integrantes de la nación.

Emulando –sin decirlo– al juez MARSHALL, el ministro ROSATTI –con el progresivo acompañamiento del resto de los jueces del tribunal– intenta construir un hito jurisprudencial, al igual que la Corte Norteamericana lo hiciera en el año 1803, al establecer el control de constitucionalidad dictando sentencia en el caso “*Marbury vs. Madison*”. En mi opinión –que bien puede estar errada–, la Corte, a partir de los fallos que aquí comentaré, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad –formalmente jurídico y técnico– otorgando una supremacía política al poder judicial por sobre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder constituyente que reformó nuestra Carta Magna en 1994.

Entonces, nuestros *supremos magistrados federales*, mediante sus decisiones judiciales, abren un paraguas para evitar mojarse con las decisiones que caen del cielo internacional de los derechos humanos y toman con fuerzas las riendas del federalismo para domar a los gobiernos –y en especial caudillos– de las provincias. Eso sí, tal galimatías solo puede funcionar al margen de la voluntad del pueblo y en violación del principio constitucional de soberanía popular y las justas exigencias democráticas de nuestras instituciones.

## 2. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES Y CONTEXTUALES PREVIAS

Antes de ingresar de lleno al meollo de la cuestión en análisis, quisiera simplemente referirme a algunas problemáticas actuales de nuestra organización institucional, política y jurídica, en cuanto a la ubicación, las funciones y las relaciones de nuestro poder judicial, según nuestro ordenamiento legal vigente, a partir de algunas preguntas cuyas respuestas simplemente se intentarán esbozar para tener en mente estos problemas al analizar los puntos siguientes.

¿Qué legitimidad democrática tienen los jueces en nuestro sistema constitucional?

Como se sabe, los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

El carácter contramayoritario del poder judicial o el déficit de legitimación de los jueces es un problema tratado y debatido por la doctrina extranjera y propia. Roberto GARGARELLA dice: "En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria".<sup>2</sup>

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento.<sup>3</sup> Además, la justicia contencioso-administrativa, existente tanto a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> GARGARELLA, Roberto, "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras", en *Claves para todos*.

<sup>3</sup> FERREYRA, Gustavo Raúl, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, p. 233 y ss.

<sup>4</sup> También se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español GARCÍA DE ENTERRÍA explica: "Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre". Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 34.

¿Cuál es el rol de los jueces en nuestro actual sistema jurídico? ¿Aplican, interpretan o crean el Derecho?

El judicial es un poder complejo –integrado por varios órganos–, porque algunos tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el poder judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación, e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte Suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del poder legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de la tradición del Derecho continental codificado, donde el juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de Derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador, en quien reside la soberanía popular.

Además, y aunque resulte contradictorio, nuestro ordenamiento tiene influencias constitucionales en el Derecho norteamericano, que se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema– y en el cual el judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el Derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin dudas, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el Derecho y por medio de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, revisa a sus redactores en lo que estos expresan como decisión política general.<sup>5</sup>

Explica nuestro sistema constitucional el profesor Raúl Gustavo FERREYRA, afirmando que: “Hace más de 100 años, la propia Corte se encargaba de enfatizar

---

<sup>5</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*.

el indiscutible poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia, para juzgar la validez de los actos legislativos [...] Toda resolución judicial es un acto político y mucho más lo son las sentencias que llevando a cabo una interpretación correctiva del texto constitucional, declaran la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de leyes o disposiciones normativas infra constitucionales”<sup>6</sup>

¿Cómo impactó en la tarea judicial el nuevo sistema de fuentes establecido en la reformada Constitución en 1994?

La reforma de nuestra Carta Magna en 1994 produjo una modificación en el sistema de fuentes al incorporar normas internacionales a nuestro bloque de constitucionalidad e integrar –en forma indirecta y secundaria– las producciones normativas de organismos que integran los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y de integración regional. Esta nueva organización del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, que incorpora nuevos nodos de producción normativa alejados del tradicional sistema de representación democrático y, en muchos casos, en sedes que se encuentran fuera del alcance de nuestra soberanía territorial, relativiza el fundamento decimonónico de justificación de la obligatoriedad de la ley y de su centralidad en el ordenamiento jurídico. Al tradicional *control de constitucionalidad* le sumó el *control de convencionalidad* –derivado de la aplicación de los tratados internacionales–, no sólo para la actuación legislativa del Estado, sino también –como lo desarrolló el profesor GUTIÉRREZ COLANTUONO en su tesis doctoral– para la actuación administrativa del poder ejecutivo.<sup>7</sup>

Juan Bautista JUSTO explica este fenómeno con las palabras siguientes: “La globalización del derecho, que encuentra en la protección de los derechos fundamentales una de sus puntas de lanza más potentes, se ha traducido en la decadencia de la ley como instrumento de regulación social, la reaparición del pluralismo jurídico y la revalorización del juez como el gran gestor del caos de normas y mandatos en conflicto”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> FERREYRA, G. R., Notas..., *cit.*, p. 233 y ss.

<sup>7</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, *Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa*.

<sup>8</sup> JUSTO, Juan B., “Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval”, en *Derechos En Acción* (01), 2016, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>

Destaca este autor que los fenómenos que originan nuestra complejidad de fuentes son la fragmentación normativa, la fragmentación interpretativa y que el Derecho interno es considerado como un hecho.

La fragmentación del orden jurídico implica el sometimiento a normas y tribunales internacionales, que penetran cada vez más en el funcionamiento doméstico, implica la sujeción a un orden donde ya no existe un único centro de poder. Así, en el Derecho internacional no rige el principio de jerarquía, con lo cual los crecientes conflictos entre normas no pueden ser resueltos bajo los criterios modernos.

La fragmentación interpretativa se observa en que el poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines contradictorios.

Por último –siguiendo a Justo–, hay que destacar la naturaleza meramente fáctica del Derecho interno, ya que, en virtud de la regla de inoponibilidad del Derecho interno, plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales– las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales, simples hechos que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.

Sintetizando la respuesta a la pregunta de este punto, es posible arriesgarse a afirmar que nuestro Derecho es hoy fragmentado, tanto normativa como interpretativamente, sin un centro único de poder, y el juez es el gran encargado de coordinarlo, para lo cual ya no puede echar mano a un orden racional y hermético, sino que tiene que recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.<sup>9</sup>

¿Cómo influyen las perspectivas personales (ideológicas, políticas, filosóficas, religiosas, etc.) de los magistrados al resolver?

Encontrar algunas respuestas a esta pregunta requiere abrir nuestra búsqueda a otras ciencias y recurrir a los estudiosos de las sociedades y del análisis de la conducta humana.

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

El miércoles 6 de octubre de 2021, el diario *Clarín* tituló en su tapa de la edición en papel: “Con la salida de Highton, el Gobierno pierde su único voto en la Corte”, afirmación que generó que el presidente de la nación, Alberto FERNÁNDEZ, se preguntara en las redes sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”<sup>10</sup>

Una respuesta del gobierno de Alberto FERNÁNDEZ a la crisis judicial fue la creación –al inicio de su mandato– del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público,<sup>11</sup> que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo FERREYRA, integrante de este consejo, afirmó en su dictamen individual de propuestas y recomendaciones referidas a la Corte Suprema que “el abuso en la demanda jurisdiccional dirigida al control de los actos políticos en *sentido estricto* genera una politización de la justicia y puede conducir a una política en forma de justicia. La política se encuentra dentro de las normas de la CF, razón por la cual la promoción ‘endemoniada’ de demandas sobre productos del Congreso o del Ejecutivo –en otras palabras, la judicialización de la política del Estado– constituye, también, una violación a la Ley fundamental”.<sup>12</sup>

En estos últimos tiempos, resultan explícitas las opiniones de los jueces de la Corte Suprema vinculadas con cuestiones políticas, como las recientes manifestaciones públicas en las que se dijo que las necesidades no crean derechos, que la emisión monetaria podría ser inconstitucional, que la dolarización está prohibida constitucionalmente, que la Constitución defiende el modelo económico capitalista o que la vicepresidenta no está proscripta políticamente. Todas estas declaraciones, de un profundo contenido político e ideológico, fueron vertidas por fuera de cualquier expediente o actuación judicial.

---

<sup>10</sup> La renuncia de la única jueza mujer que hasta noviembre de 2021 integraba el máximo tribunal federal reavivó una histórica discusión sobre la composición de la Corte, con propuestas de una mayor cantidad de miembros, paridad de género y la posible integración en salas temáticas.

<sup>11</sup> Creado por Decreto 635, del 29 de julio de 2020, con el objeto de elevar un dictamen con propuestas y recomendaciones sobre diversos ejes. En el artículo 4 se destacan los referidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>12</sup> Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/miscelaneas88981.pdf>

Es también muy conocida la idea del actual ministro Carlos ROSENKRANTZ –ex-puesta hace ya años en su condición de académico–, que sostiene –con variados argumentos– que los derechos económicos, sociales y culturales no deben estar reconocidos en nuestra Constitución Nacional.<sup>13</sup> Su mirada política liberal sobre nuestras instituciones jurídicas es muy valiosa y enuncia las diferentes ideologías que se expresan en nuestro país, pero resulta un problema cuando como Ministro de la Corte tiene que interpretar la Constitución –que juró defender y respetar– cuando esta reconoce expresamente este tipo de derechos económicos, principalmente mediante la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por la vía del artículo 75, inciso 22, de la CN.

El actual contexto puede ser interpretado por la teoría de la defección estratégica de Gretchen HELMKE, quien realizó una famosa investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el poder ejecutivo en la Argentina, en el periodo 1976-1995.<sup>14</sup> La explicación que propone consiste en que cuando un gobierno en ejercicio comienza a perder poder y debilitarse, los jueces carentes de seguridad institucional se ven estimulados a incrementar sus medidas contrarias al gobierno, a fin de poner distancia con respecto a él (defección estratégica). Dice: “Si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sino defeccionar de éste”.<sup>15</sup>

En mi opinión –conformada más por la experiencia que por la lectura–, la respuesta a la pregunta de cómo deciden los jueces es tan compleja debido a la coexistencia de muy distintos elementos que van desde los contenidos de las normas, hasta cuestiones personalísimas de los decisores. Intuyo que los jueces deciden motivados por el ordenamiento jurídico y/o por sus ideas políticas, también actúan racionalmente en arreglo a sus fines (aplicar la ley, resolver de acuerdo con su cosmovisión política) y también, en tanto acción

---

<sup>13</sup> ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”.

<sup>14</sup> HELMKE, Gretchen, “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”, *Desarrollo Económico*, Vol. 43, No. 170, 2003.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo.<sup>16</sup>

Por último, ya analizando la coyuntura de estos últimos años:

¿Cómo funciona el sistema constitucional de frenos y contrapesos?

Hace ya unos cuantos años que en la Argentina no se pueden lograr los acuerdos políticos para tomar aquellas decisiones que son centrales para equilibrar, sopesar, frenar las relaciones entre el poder judicial y los poderes políticos. Nuestro sistema constitucional establece una serie de herramientas institucionales para que los representantes del pueblo, ya sea legisladores o gobernantes, puedan realizar un control político de la magistratura. Los jueces, por su parte, controlan la legalidad de la actuación administrativa y la constitucionalidad de la actuación legislativa. Los gobernantes y legisladores tienen la facultad de nombrar a quienes integran el poder judicial y, en su caso, removerlos. Para lo uno y lo otro, ya sea con la intervención del Consejo de la Magistratura o de las cámaras legislativas, exige mayorías especiales que la actual fragmentación política y la falta de diálogo transforman en una quimera. En la actualidad, no existe una fuerza partidaria que pueda conseguir esas mayorías políticas y el futuro no se vislumbra prometedor en este aspecto.

Entonces, la maquinaria para los frenos y contrapesos de los poderes constituidos hoy resulta obsoleta, está rota, desequilibrada en favor del poder judicial, que se ve reforzada por un constante avance en la limitación y el control de la discrecionalidad política, tanto del legislador, como del titular del ejecutivo, además del autorreconocimiento del carácter *erga omnes* de las sentencias del poder judicial dentro de los procesos colectivos o acciones de clase.

Si sumamos el intento de creación de un nuevo control de constitucionalidad respecto del sistema internacional de protección de los derechos humanos y del Derecho público provincial, el futuro de nuestras instituciones democráticas se obscurece mucho más.

---

<sup>16</sup> CABRAL, Pablo Octavio, "¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica", *Revista de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires*, No. 01, de noviembre de 2021.

Es entonces necesario encarar una amplia reforma institucional, no dirigida en exclusividad hacia el poder judicial, sino pensando en el actual sistema de frenos y contrapesos, para encontrar soluciones a la fragmentación política, a la luz del principio constitucional de soberanía popular y representación democrática.

### **3. EL POSICIONAMIENTO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DE LA ACTUAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

En este punto voy a analizar las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que utilizó dos conceptos que permiten advertir una transformación de su rol institucional que implica su fortalecimiento, por arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del Derecho público de nuestra Constitución (“Fontevicchia II”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del margen de apreciación nacional (“Escalante”), replicada en su relación con las provincias en el margen de apreciación local (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

#### **3.1. LA CSJN COMO CABEZA DEL PODER JUDICIAL. LOS MISTERIOSOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL (ART. 27 CN)**

En las últimas décadas, en nuestra región, los textos constitucionales dejaron de ser un instrumento de organización instrumental del poder –mediante la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales–, transformándose en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.<sup>17</sup>

Este fenómeno genera problemas de legitimación en el propio sistema y nos obliga a repensar el modo en que el poder judicial interpreta creativamente el ordenamiento jurídico. Explica DUQUELSKY GÓMEZ que “la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por directrices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta

---

<sup>17</sup> ETCHEVERRY, Juan Bautista, *Constitución, principios y positivismo jurídico*.

larga lista de teorías no positivistas –muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado neo constitucionalismo–, han generado una doble preocupación: en un sentido, que, ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa”.<sup>18</sup>

En la definición del concepto de los principios jurídicos se mezclan diferentes corrientes filosóficas del Derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. La primera distinción que haremos es entre los principios generales del Derecho y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica, como los principios del Derecho constitucional o los principios del Derecho público. En este punto, no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino de aquellas directrices que se aplican a la totalidad del Derecho. La clásica definición positivista de los principios generales del Derecho expuesta por CARNELUTTI dice que estos no son algo que exista fuera sino dentro del mismo Derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del Derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o esencia de la ley.<sup>19</sup>

Así, los principios se obtienen inductivamente del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el Derecho positivo particular. Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald DWORKIN define los principios como estándares que han de ser observados porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del Derecho, nacidas de la lógica y la ética, y que por ser racionales y humanas son universales.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, pp. 193-209.

<sup>19</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I. *Funzione e composizione del processo*, p. 120.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA describió a los principios generales del Derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica.<sup>21</sup>

Buscando una delimitación del concepto, seguiremos un trabajo de Genaro CARRIÓ, donde destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra 'principios', vinculándolo: 1) con las ideas de "propiedad fundamental", "núcleo básico", "característica central"; 2) con las ideas de regla, guía, orientación o indicación generales; 3) con las ideas de "fuente generadora", "causa" u "origen"; 4) con las ideas de "finalidad", "objetivo", "propósito" o "meta"; 5) con las ideas de "premisa", "inalterable punto de partida para el razonamiento", "axioma", "verdad teórica postulada como evidente", "esencia", "propiedad definitoria"; 6) con las ideas de "regla práctica de contenido evidente", "verdad ética incuestionable"; 7) con las ideas de "máxima", "aforismo", "proverbio", "pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición".<sup>22</sup>

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, siguiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las características siguientes: 1) son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas; 2) están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado; 3) disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas "lagunas del derecho"; 4) tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica; 5) los llamados principios generales del Derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios del Derecho se puede sintetizar en las tres misiones siguientes: i) informadora: los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) normativa: sirven para llenar los vacíos legislativos, actuando

---

<sup>21</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 42 y ss.

<sup>22</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 209.

en forma supletoria en caso de ausencia de norma, por ello se afirma que los principios son medios de integrar el Derecho; iii) interpretadora: esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Estas miradas clásicas sobre los principios generales del Derecho adquieren una especial relevancia a partir de la instalación de las teorías pospositivistas y la aparición de las visiones neoconstitucionalistas que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, por intermedio de la reforma constitucional de 1994 –principalmente mediante la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos– y –luego de ello– en el proceso de constitucionalización del Derecho privado.<sup>23</sup>

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de VÉLEZ SARSFIELD<sup>24</sup>– realiza una modificación estructural de la forma en que se construye y desarrolla el fenómeno jurídico en nuestra nación, ya que dispone la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1º a 3º, Ley No. 26.994).

En palabras de Amos GRAJALES: “Por ello el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como intra sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema. O, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se entendía por derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función del juez, mutó. Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente,

---

<sup>23</sup> Ver RUIZ MANERO, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*.

<sup>24</sup> El Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD, en su artículo 15 imponía a los jueces la obligación de fallar o resolver los casos que les son planteados por las partes. Decía esta norma que “*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”. El artículo 16 del mismo texto establecía una pauta de interpretación de las cuestiones civiles, que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. En autos “*Petrucelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital*” resolvió la Corte Suprema de la Nación que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del Derecho Privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93).

ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial. Todo ello con un solo artículo del Código de apenas cuatro renglones (art. 2º del Código). Los jueces ya no podrán ser la boca inanimada de la ley”.<sup>25</sup>

En efecto, el artículo 2 de Código Civil y Comercial de la Nación establece: *“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

En el siguiente artículo dispone el nuevo código: *“Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

En el actual sistema jurídico argentino, los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del Derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y legal. Siguiendo a GRAJALES: “El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país. Es importante reiterarlo, el art. 2º del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino). Si la norma fue creada con anterioridad a un tratado de derechos humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales”.<sup>26</sup>

Con base en esta transformación del mecanismo de resolución de casos y aplicación del Derecho por parte de los jueces, adquiere relevancia las llamadas teorías de la argumentación jurídica. A partir del trabajo del jurista alemán Robert

---

<sup>25</sup> GRAJALES, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’. De la subsunción a la ponderación”, *SJA* 2015/07/29-3; *JA* 2015-III. Ver también, GRAJALES, Amós Arturo y Nicolás NEGRI, *Argumentación jurídica*.

<sup>26</sup> GRAJALES, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’. De la subsunción a la ponderación”, *SJA* 2015/07/29-3; *JA* 2015-III.

ALEXY,<sup>27</sup> cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel ATIENZA<sup>28</sup> –para quién el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar–, la presencia y peso de las teorías de la argumentación jurídica es innegable en la actualidad del Derecho argentino.

Según explica Omar VÁZQUEZ SÁNCHEZ, la teoría de la argumentación jurídica “ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico: este nuevo enfoque jurídico, por cierto, difícil de retroceder en los modernos estados constitucionales, nos viene a recordar la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho. Es decir, el Derecho en el constitucionalismo es argumentación”<sup>29</sup>

Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto en nuestra tarea, sí es mi intención referirme al impacto de esta construcción teórica de la interpretación del Derecho nacional en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, vinculada con su rol respecto de la evaluación de normas y decisiones provenientes del sistema internacional de derechos humanos.

A partir de la resolución del caso “Ministerio de Relaciones y Culto”<sup>30</sup> (en adelante me referiré a este fallo como *Fontevicchia II*), la Corte revisa su relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros argumentos, utilizando el texto del artículo 27 de la Constitución Nacional.

La Corte argentina evaluó si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto dispone “*dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico*” en la causa “Menem”, ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos y puede ser cumplida por esa Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional.

---

<sup>27</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, Perú, 2007.

<sup>28</sup> ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

<sup>29</sup> VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar, “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009, pp. 99-134.

<sup>30</sup> CSJN, Fallos: 340:47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017. Esta sentencia será analizada con más detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

La respuesta a la que arribaron los ministros votantes fue negativa por los argumentos siguientes:

Parte en su razonamiento de la característica de sistema subsidiario que revisen las normas y los organismos interamericanos de derechos humanos, recordando que la Corte Interamericana no interviene como cuarta instancia revisora de las decisiones nacionales, destacando también que la propia Convención no dispone que el tribunal pueda dejar sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (art. 63.1 CADH).

En lo que aquí interesa, en sus considerandos 16 y 17, que por su trascendencia transcribo íntegramente a continuación:

*“16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe ‘[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de **tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución**’ [subrayado añadido]. Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).*

*“17) Entre dichos principios inmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del arto 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”.*

Así, la Corte establece un límite a la aplicación de una decisión del SIDH, con fundamento en que su acatamiento implicaría la violación del principio de

Derecho público constitucionalizado, que establece la superioridad y cabeza del poder judicial del órgano Corte Suprema de Justicia Nacional.

Como lo afirma Víctor ABRAMOVICH, “el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como ‘valladar’ infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de los que han sido constitucionalizados”, implicando el alejamiento de la posición monista respecto de nuestro ordenamiento jurídico –bloque de constitucionalidad único– y el consecuente retorno a la visión dualista de la relación entre Derecho internacional y Derecho interno (dos sistemas normativos diferentes).<sup>31</sup>

La jurisprudencia nacional y la doctrina coinciden en reconocer entre los principios inmovibles de Derecho público de nuestra Constitución, entre otros, los siguientes: principio de legalidad o juridicidad; principio de igualdad; principio de razonabilidad; principio de soberanía popular; principio de representación democrática; entre otros.

El principio utilizado en este fallo por los cortesanos no integra ese grupo de principios de Derecho público de nuestra Constitución Nacional más desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

¿La supremacía jerárquica de la Corte Suprema de Justicia es un principio de Derecho público de nuestra Constitución nacional? Los ministros firmantes de las sentencias en estudio en este trabajo así lo afirmaron.

Veamos el texto de la norma de la que la Corte extrajo el “*principio inmovible*” del Derecho público de superioridad jerárquica y cabeza del poder judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Art. 108 CN. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

---

<sup>31</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, revista *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, 2017, pp. 9-25.

Esta norma integra la parte orgánica de nuestra organización constitucional y –en una clasificación tradicional de los tipos normativos– puede ser considerada como una *norma organizativa*, en la que se asigna competencia a los órganos del Estado.<sup>32</sup>

Además de ser una norma propia de la organización instrumental del poder constituido, es una disposición constitucional específica y concreta, que se diferencia de aquellas genéricas que se aplican a un amplio número de situaciones, como sucede con los criterios para la reglamentación de los derechos o los principios de Derecho públicos expuestos en la parte dogmática de nuestra Constitución.<sup>33</sup>

A la hora de interpretar las distintas normas constitucionales, la doctrina establece algún tipo de jerarquía, por ejemplo, entre normas dogmáticas y orgánicas, otorgando primacía a las primeras por sobre las segundas. El propio ROSATTI afirma lo siguiente: “El fundamento de esta jerarquía en la relación *dogma-organización*, que debe ser considerado como regla interpretativa, se encuentra en la distinta naturaleza de las disposiciones: las primeras expresan una concepción ideológico-política (cuanto no filosófica) que permiten *definirnos* o –cuando menos– *identificarnos* con el Estado-Nación; las segundas son normas de instrumentación, de gestión o de administración y –en tal carácter– su parámetro de referencia es la consistencia, la congruencia y la eficiencia técnica para expresar con fidelidad el *dogma* constitucional. En esta inteligencia, se entiende que las cláusulas *orgánicas* guarden una relación de subordinación respecto de las *dogmáticas*”.<sup>34</sup>

Sobre los alcances y límites de la disposición constitucional que le da carácter de suprema a la Corte de Justicia de la Nación, veamos la propia opinión de Horacio ROSATTI, en su condición de académico; “Rol institucional. La Corte es ‘Suprema’ porque: Desde el punto de vista de la función jurisdiccional, constituye la última instancia de decisión en el ámbito nacional. El reconocimiento de la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos asumida por nuestro país (bajo condición de reciprocidad) al momento de ratificar dicha Convención (ley 23.054, art. 2º), luego elevada al rango de documento “con jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 12, segundo párrafo, Const. Nac.), supone reconocer que –en los temas referidos– existe una instancia jurisdiccional por sobre la

---

<sup>32</sup> ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, p. 80.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 141.

Corte Suprema de Justicia Nacional. Pero la Corte sigue siendo Suprema en el ámbito de las decisiones dictadas en el ámbito nacional”<sup>35</sup>

La supremacía institucional de la cabeza del poder judicial queda relegada al ámbito nacional y la compatibilidad de esta característica de organización de este poder constituido con el SIDH fue evaluada por los representantes de pueblo al sancionar la ley que ratificó la Convención y al modificar la Constitución en 1994.

Hasta aquí, el principio de Derecho público identificado por la Corte en el artículo 108 de la Constitución Nacional es una norma de tipo organizativa, es decir, una cláusula orgánica, que no comparte las características de los principios constitucionales generales y con contenido dogmático. Debido a la relevancia que el Tribunal le otorga a este principio, la sentencia en análisis debió haber argumentado en forma suficiente, exponiendo con claridad las razones por las que sostiene que de esta norma de organización del poder judicial surge un principio para limitar el cumplimiento de una decisión proveniente del SIDH y permitir construir una doctrina jurisprudencial que habilite un control de constitucionalidad de las fuentes internacionales.

Además de ello, como lo expuso ABRAMOVICH, “la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política: cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional”<sup>36</sup>

### 3.2. LA CSJN FRENTE AL SISTEMA NORMATIVO SUPRANACIONAL. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

El margen de apreciación nacional es una *doctrina foránea*, ahora replicada entre nosotros por destacados autores argentinos. Su origen y desarrollo no tuvo

---

<sup>35</sup> ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, p. 438.

<sup>36</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’...”, *cit.*

fundamento normativo alguno, ni en el SEDH –donde nació jurisprudencialmente– ni en el SIDH, ni tampoco en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En Europa, la aplicación de la doctrina es titularidad de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien revisa las decisiones discrecionales de los Estados nacionales en determinados contextos y respecto de algunos derechos fundamentales. La revisión y aplicación del margen de apreciación nacional lo titulariza y ejerce la jurisdicción internacional y la actividad discrecional sometida a escrutinio de convencionalidad es la propia de los Estados nacionales, provenga de su poder ejecutivo, poder legislativo o poder judicial. La revisión de la actividad estatal –utilizando esta doctrina– está en cabeza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la materialidad analizada son las políticas y decisiones soberanas de cada país, producidas por cualquiera de las autoridades de sus tres poderes constituidos.

Es necesario volver sobre la caracterización de nuestro actual sistema jurídico en lo que concierne al ya referido carácter fáctico que reviste el Derecho interno en sedes internacionales. En efecto, en virtud de la regla de inoponibilidad del Derecho interno, plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales–, las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales, simples hechos, que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.<sup>37</sup>

Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y –en suma– del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales pone en evidencia que el proceso globalizador confirió a los cuerpos internacionales la capacidad de juzgar la validez de las decisiones de ese mismo Estado como actos carentes de toda imperatividad.

Como explica Juan JUSTO: “El derecho más imperativo –la Constitución– tiene para los cuerpos internacionales el mismo valor que la costumbre para el juez del siglo xx. Irrelevancia jurídica y valor fáctico. Como en la Edad Media, el poder político doméstico no tiene la capacidad de creación del derecho. El derecho fiscal se crea en la OMC, el derecho administrativo y regulatorio se crea en el CIADI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea

---

<sup>37</sup> JUSTO, Juan, “Cómo ser abogado...”, *cit.*

formalmente y otras interpretativamente. El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión”.<sup>38</sup>

Adelanto entonces que se trata de una doctrina para justificar el incumplimiento del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos por parte de los Estados que son parte de ese sistema supranacional de protección. El margen de apreciación nacional habilita a los gobiernos de los Estados parte a **restringir o limitar alguno/s derecho/s fundamental/es**, con el argumento de que las especiales y particulares circunstancias históricas, sociales, económicas, jurídicas o culturales de cada nación, lo justifican.

### **a) Conceptualización del margen de apreciación nacional (Horacio Rosatti). Hacia un nuevo control de constitucionalidad vertical (supranacional)**

Existen diversas definiciones sobre este concepto o doctrina, muchas de las cuales serán desarrolladas más abajo al analizar su aplicación en el SEDH y el intento de hacerlo en el SIDH, pero al tratarse de un trabajo centrado en la aplicación que hace nuestro máximo tribunal federal tomaremos una primera definición conceptual de Horacio ROSATTI, quien promueve –tanto en su función de académico, como en tarea de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.<sup>39</sup>

Para ROSATTI, el margen de apreciación nacional es “una *potestad inherente a la soberanía de los Estados Nacionales*, ejercida en concordancia con el orden internacional para **evaluar** si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada; o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, *lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional*”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> BRUNO, Cecilia Romina, “Hacia el necesario desarrollo de un margen de apreciación nacional”. Dice: “Sin lugar a dudas, ha sido el doctor Horacio Rosatti quien se ha encargado de estructurar de algún modo esta temática y de darle así visibilidad, desde el punto de vista académico y judicial. Lo ha incluido en sus disertaciones y conferencias, y también lo ha incorporado –como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– a la fundamentación de sus votos, en algunos casos, en conjunto con alguno de sus colegas”.

<sup>40</sup> ROSATTI, Horacio, “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y ss.

Quisiera adelantar que esta definición se aparta de la construida jurisprudencialmente en el SEDH, así como de la concepción cuya aplicación al Sistema Interamericano discute la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo iremos viendo a lo largo del presente documento.

La definición de ROSATTI hace mención a un tipo de actividad propia de la judicatura, referida específicamente al control de constitucionalidad. Describe aquella función en la que se evalúa si una norma, decisión o interpretación lesiona la Constitución Nacional. La particularidad del caso es que la actividad revisada proviene del ámbito internacional, pudiendo tratarse de un tratado de derechos humanos o de una decisión de alguno de los organismos internacionales que integran los sistemas a los que nuestro país se adhirió.

Podría entonces, a partir de esta idea del margen de apreciación nacional, adelantar que quien ejerza esta potestad, bien podría evaluar si un pacto internacional (norma) o una decisión o interpretación de un organismo internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia u opinión consultiva), destinada a ser aplicada en nuestro territorio nacional, lesiona –o no lo hace–, tanto normas, como principios y valores de nuestro bloque de constitucionalidad federal. También surge de la definición que la evaluación del órgano nacional competente es posterior a la emisión de la norma, decisión o interpretación sometida a un nuevo test de constitucionalidad, que nace con la particular aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional.

¿Quién tiene la titularidad de la facultad de actuar discrecionalmente en los términos del concepto de “margen de apreciación nacional” para ROSATTI?

El autor y juez se pregunta por la titularidad de la mentada potestad de apreciación.<sup>41</sup> Como vimos, la respuesta está implícita en su definición del margen de apreciación nacional, tanto por el tipo de tarea que conlleva la “*percepción de algo a través de los sentidos o de la mente*”<sup>42</sup> como por el mecanismo de revisión constitucional que describe: su titular debería ser el poder judicial, que en

---

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> Este tipo de actividad perceptiva, así descrita, da cuenta de una actividad individual de un sujeto, y parece –en principio– no ser aplicable a la tarea que puede desarrollar un colectivo de personas –como un cuerpo legislativo–, donde no existe tal percepción aislada, sino que se produce, a lo sumo, una discusión colectiva sobre las distintas percepciones y se resuelve por un criterio numérico de mayoría de votos.

nuestro sistema tiene competencia para realizar el control de constitucionalidad en forma difusa.

Luego de algunas consideraciones generales, ROSATTI da respuesta a su pregunta por la titularidad de la potestad de apreciación, coincidiendo parcialmente con mi razonamiento derivado de su propia definición de la doctrina del margen de discrecionalidad estatal. Dice sobre el ejercicio de dicha facultad: “Limitar la aplicación del margen de apreciación al ámbito judicial o jurisdiccional importa caer en un reduccionismo infundado. El instituto es igualmente aplicable en la instancia constituyente y, dentro del ejercicio del poder constituido, por parte del órgano legislativo. Esto es evidente en el caso de la República Argentina”<sup>43</sup>

En igual sentido se expresa Néstor SAGUÉS: “la legitimación de tal teoría parte de la afirmación que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y el pluralismo, que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y *la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional*”<sup>44</sup> (el destaque en cursivas me pertenece).

En síntesis –según ROSATTI–, los titulares de la potestad son el poder judicial, el poder constituyente y el poder legislativo, omitiendo expresamente reconocer tal facultad al titular del poder ejecutivo.

¿Qué condiciones y requisitos son exigibles para que proceda la discrecionalidad estatal que habilita el margen de apreciación nacional?

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos

---

<sup>43</sup> ROSATTI, Horacio. En igual sentido se expresan MARTÍNEZ, Leandro Abel y Emilio ROSATTI, “Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino”, UNAM; “se sostiene la existencia de un margen de apreciación a favor de las autoridades nacionales –legislativas y jurisdiccionales– respecto de la interpretación y aplicación del derecho internacional”.

<sup>44</sup> SAGUÉS, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003.

por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

## **b) Su origen jurisprudencial en el Sistema Europeo de Derechos Humanos**

El margen de apreciación nacional es un concepto que nació en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se desarrolló y adquirió fama y relevancia, no siendo pacífica –como veremos– su incorporación a nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.<sup>45</sup> Hasta hace unos pocos años, no se encontraba incluido en forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, positivizándose recientemente, con la entrada en vigencia de su Protocolo No. 15, en agosto de 2021.

Explica Humberto VARGAS BALAGUERA: “Sin duda se trata de una figura compleja y controvertida, cuyos contenidos son difusos y su aplicación impredecible dada la alta dosis de discrecionalidad con que ha sido –y es– utilizada por los tribunales, por lo que la jurisprudencia es imprecisa y, a menudo, contradictoria, en desmedro de la seguridad jurídica. Sumado a ello, y a la falta de regulación expresa, tenemos que en la doctrina tampoco existe un consenso general sobre sus alcances e intensidad.”<sup>46</sup>

Ignacio DÍAZ SOLIMINE lo describe de la forma siguiente: “En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el término margen de apreciación o margen de discrecionalidad estatal se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales –ya sean

---

<sup>45</sup> Las posturas doctrinarias sobre la cuestión son abundantes, siendo coincidentes en que en el ámbito interamericano, la jurisprudencia de la Corte, si bien en un comienzo utilizó el concepto del margen de apreciación nacional, luego no lo utilizó en sus sentencias. La postura contraria puede ser resumida en las palabras de Antonio CANCADO TRINDADE: “Siendo así, la doctrina del margen de apreciación pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente, tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Ver CANCADO TRINDADE, Antonio, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, p. 386). Una posición favorable la sostienen Santiago ALFONSO y Lucía BELLOCCHIO, para quienes: “Nos parece que con el principio de subsidiariedad, la necesidad de evitar conflictos innecesarios con los Estados parte y el progresivo desarrollo institucional y jurisprudencial de la Corte IDH requerirá la adopción y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del tribunal regional”. Ver ALFONSO, Santiago y Lucía BELLOCCHIO (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, p. 580.

<sup>46</sup> VARGAS BALAGUERA, Humberto G., “El margen de apreciación nacional”.

administrativas, legislativas o judiciales-, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.”<sup>47</sup>

Para LÓPEZ ALFONSÍN: “La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos...esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales.”<sup>48</sup>

Los doctrinarios nacionales que abordaron esta cuestión detallaron en sus trabajos la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyos casos originaron la doctrina del margen de apreciación nacional en el viejo continente.<sup>49</sup>

De la lectura de estos antecedentes jurisprudenciales europeos concluyo lo siguiente:

- En todos los casos, la utilización del estándar o criterio interpretativo del margen de apreciación nacional fue utilizado en forma exclusiva por la Corte Europea de Derechos Humanos y no por los poderes judiciales nacionales de los países demandados.
- En todos los casos se analizaba la vulneración, restricción o limitación de un derecho humano reconocido en el respectivo sistema europeo de protección y el margen de apreciación sólo se aplica en casos en que se encuentren afectados derechos que no integran el núcleo duro o esencial, que no admite restricción o limitación.
- La discrecionalidad de cada Estado, analizada con la pauta del margen de apreciación nacional por el tribunal europeo, se manifestó respecto de una política dispuesta en la mayoría de los casos; legislativamente (artículo 4 de

---

<sup>47</sup> DÍAZ SOLIMINE, Omar Luís e Ignacio Luís DÍAZ SOLIMINE, *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*, p. 111.

<sup>48</sup> LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, “La doctrina del margen de apreciación nacional”, *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 126.

<sup>49</sup> Ver el trabajo de ALFONSO, Santiago, “Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, La Ley de 21/12/22.

la Ley 1959 del Reino Unido;<sup>50</sup> artículo 188 del Código Penal de Austria;<sup>51</sup> disposiciones legales sobre libertad religiosa de Turquía;<sup>52</sup> artículo 3 de la Ley de procreación artificial de Austria;<sup>53</sup> regulación civil del matrimonio en Francia;<sup>54</sup> Ley de adopción de Italia;<sup>55</sup> Sección 91 de la Ley de Educación del Cantón de Basilea, Suiza<sup>56</sup>), administrativamente (Reglamento del Consejo Escolar en Italia<sup>57</sup>) y minoritariamente en decisiones judiciales internas que aplicaban el Derecho local.

### **c) El margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Explica Laura CLÉRICO que el margen de apreciación nacional –aclarando que su aplicación en nuestro ámbito debe ser contextualizada y sobre todo fundada– implica que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el órgano jurisdiccional internacional para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida. Siempre su utilización debe estar referida a la cuestión de fondo, es decir, si existían razones –dentro de la discrecionalidad estatal– para justificar la restricción de un derecho.<sup>58</sup>

### **d) La restricción o limitación de derechos en la Convención Americana de Derechos Humanos**

¿Qué poder constituido está convencionalmente autorizado para restringir o limitar los derechos humanos reconocidos por el Sistema Interamericano?

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce una serie de derechos frente a los Estados, permitiendo su restricción o limitación en casos específicamente establecidos en la regulación de cada derecho y disponiendo

---

<sup>50</sup> CEDH, caso “Handyside c. Reino Unido” (1976).

<sup>51</sup> CEDH, caso “Otto-Preminger-Institut c. Austria” (1994).

<sup>52</sup> CEDH, caso “Leyla Sahim c. Turquía” (2004).

<sup>53</sup> CEDH, caso “S. H. y otros c. Austria” (2011).

<sup>54</sup> CEDH, caso “Chapin et Charpentier vs. Francia” (2016).

<sup>55</sup> CEDH, caso “Paradiso y Campanelli c. Italia” (2017).

<sup>56</sup> CEDH, caso “Osmanoglu c. Suiza” (2017).

<sup>57</sup> CEDH, caso “Lautsi c. Italia” (2011).

<sup>58</sup> CLÉRICO, Laura, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”, *Derechos en Acción*, 7.

que tal afectación sólo pueda ser declarada por leyes que se dicten por razones de interés general.

Según la Convención (art. 29.a CADH), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella, no obstante que en circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27 CADH).

En su artículo 30, la convención regula el alcance de las restricciones al definir que: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*.

La Corte Interamericana interpretó que los conceptos de orden público o bien común, derivados del interés general, cuando se invoquen como razón para imponer una limitación, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

En la Opinión Consultiva No. 5/85 (La colegiación obligatoria de periodistas) dijo la Corte que “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida

a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (párrs. 66 y 67).

En su Opinión Consultiva No. 6/86 (9 de mayo de 1986) sostuvo la Corte que: "los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas".

Sintetiza su postura al afirmar que en tal perspectiva, no es posible interpretar la expresión 'leyes', utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Sobre esta base –en lo que aquí nos interesa– avanza la Corte sobre las características que debe tener esa legislación restrictiva, en particular sobre su dictado por razones de interés general. Allí define: "*El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad' (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1)*". Agrega que "*'Bien común' y 'orden público' en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos 'requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa' (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del*

*hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana; deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2)’.*

La restricción debe encontrarse entonces prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

### 3.3. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA SENTENCIA “FONTEVECCHIA II”

Para un análisis de los alcances de la sentencia en el caso “Escalante”, respecto de la doctrina del margen de apreciación nacional, debemos complementar el contexto con una breve reseña a la decisión de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Fontevicchia II”,<sup>59</sup> que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” –2003–<sup>60</sup>, “Espósito” –2004–,<sup>61</sup> “Derecho” –2011–,<sup>62</sup> “Carranza Latrubesse” –2013–,<sup>63</sup> “Mohamed” –2015–,<sup>64</sup> entre otros), según la cual, a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a la solicitud a la Corte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos, que dé cumplimiento a una decisión del Tribunal interamericano, nuestra Corte federal dictó sentencia el 14 de febrero de 2017,<sup>65</sup> en la que se puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la

---

<sup>59</sup> CSJN, Fallos: 340:47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

<sup>60</sup> CSJN; Fallos: 326:2968.

<sup>61</sup> CSJN; Fallos: 327:5668.

<sup>62</sup> CSJN; Fallos: 334:1504.

<sup>63</sup> CSJN; Fallos: 336:1024.

<sup>64</sup> CSJN; Res 477/15 del 25 de marzo de 2015, en Expte. 4499/13.

<sup>65</sup> CSJN, Fallos: 340:47, *cit.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la causa “Fontevécchia y Otros vs. Argentina”, donde habiendo declarado que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13 de la CADH), dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevécchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”.<sup>66</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado por el poder ejecutivo, entendiendo que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana –que surge del artículo 68.1 de la CADH– debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional, desestimando así la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación.

La postura mayoritaria desestimó la presentación del Ministerio por considerar que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, desvirtuando el carácter subsidiario del SIDH, en contravención de su propia estructura y de los principios de Derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 de la CN). Entendió que la condena de la Corte Interamericana no podía cumplirse porque dicho tribunal regional de derechos humanos se había excedido en sus competencias.

Además sostuvo que del texto de la CADH no surge la facultad de la jurisdicción internacional de revocar las sentencias nacionales, interpretando el contenido normativo de su artículo 63.1, y el alcance del término “revocar” utilizado por la Corte Interamericana en su punto resolutorio 21 (ver Considerandos 11 a 15 del voto mayoritario).

La interpretación de la doctrina respecto de este relevante precedente jurisprudencial ha sido variada, aunque en su mayoría se expresó preocupada por considerarla un retroceso en la protección de los derechos humanos en nuestro país.<sup>67</sup> La Corte Suprema trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar

---

<sup>66</sup> Corte IDH, “Fontevécchia y otros vs. República Argentina”.

<sup>67</sup> CLÉRICO, Laura, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevécchia 2017 desde los márgenes”, *Derechos en Acción*, 7 (7); ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevécchia!...’”, *cit.*, pp. 9-25; ARBALLO, Gustavo, “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevécchia”, 2017, disponible en <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>; BOVINO, Alberto, “Caso Fontevécchia: la incompetencia de un tribunal”, *No hay derecho*, 2017, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevécchia-la-incompetencia-de.html>; GIL

sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH.<sup>68</sup>

El profesor Víctor ABRAMOVICH analizó las consecuencias que este precedente podría tener respecto del valor constitucional de los tratados de derecho humanos, advirtiendo que “el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la Corte Interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia con el alcance peculiar que le da la corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquier fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a ‘Fontevicchia’ una proyección mayor”.<sup>69</sup>

El desarrollo argumental que me interesa en este trabajo es la mención que efectúa en su Considerando décimo respecto del margen de apreciación nacional:

“10. Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas

---

DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *La Ley*, 3/4/ 2017; GULLCO, Hernán, “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, *La Ley*, Buenos Aires, 27/4/2017; HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?”, *La Ley*, Buenos Aires, 2/8/2017, p. 1; SABA, Roberto, “No huir de los tratados”, revista *Pensar en Derecho*, 2017, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>; SACRISTÁN, Estela, “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, *ED, Suplemento de Derecho Constitucional*, 20/3/2017, pp. 1-15; SAGÜÉS, María Sofía, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en M. Henríquez Viña y M. Morales Antoniazzi, *El control de convencionalidad*, pp. 281-370; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor”, *La Ley*, Buenos Aires, 8/3/2017; PARRA VERA, Oscar, “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, pp. 565-606; PIZZOLLO, Calogero, “¿Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación ‘creacionista’ de los derechos humanos”, *La Ley*, 23/2/2017, pp. 7-13; REY, Sebastián, “En defensa de la convención: una respuesta del derecho internacional a los ‘elogios’ recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 2017-6, pp. 199-216; DE ANTONI, R., “Duelo de Cortes: el caso ‘Fontevicchia’ y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Derechos En Acción*, 5(5), 2017.

<sup>68</sup> CLÉRICO, Laura, “La enunciación del margen...”, *cit.*

<sup>69</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’...”, *cit.*, pp. 9-25.

del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos 'Lawless v. Ireland', sentencia del 1º de julio de 1961, y 'Handyside v. The United Kingdom', sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso 'Lautsi and Others v. Italy', sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la 'cuarta instancia' ('Schenk v. Switzerland', 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; 'Tautkus v. Lithuania', 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros)".

Del hilo argumental de la sentencia se puede observar que la doctrina del margen de apreciación nacional complementa el análisis del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y la prohibición de la cuarta instancia de revisión de las sentencias dictadas en el ordenamiento jurídico interno. Luego, y a partir de los considerandos 16 a 19 –como ya fuera expuesto con detalle– desarrolla los principios de Derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 de la CN).

En un meduloso trabajo, Laura CLÉRICO desarrolla la evolución del concepto "margen de apreciación nacional" en sus orígenes jurisprudenciales en el SEDH, destacando las diferencias contextuales y la falta de justificación por parte de la Corte Suprema para referirse a –y aplicar– dicha construcción jurisprudencial foránea en nuestro ámbito local. Para esta autora, la aplicación por parte de la Corte de este concepto –caracterizado por su levedad– requiere de una mayor explicación que contextualice su utilización en nuestra región y amplíe su desarrollo argumental, por lo que finaliza concluyendo que "*la cita del margen de apreciación europea es decorativa*"<sup>70</sup>

Aun así, de la ilación argumental del voto de mayoría queda claro que la construcción del margen de apreciación nacional, junto con la *prohibición de la cuarta instancia* es una expresión del *carácter subsidiario* del SIDH. Las razones desarrolladas luego en el voto, referidas a la violación de los principios del Derecho público, prohibida en el artículo 27 de la Constitución Nacional, no se relacionan con aquel margen de apreciación.

En coincidencia con la lectura que del fallo realiza Diego A. DOLABJIAN, queda claro que los fundamentos utilizados por la mayoría para reforzar su decisión

---

<sup>70</sup> Clérico, Laura; "La enunciación del margen...", *cit.*

con base en la aplicación del margen de apreciación nacional, resultan una invocación traída exclusivamente del Derecho internacional.<sup>71</sup>

Esto no sucede en el voto del ministro ROSATTI, quien –en sus fundamentos individuales– sostiene que dentro de los principios del Derecho público argentino (art. 27 de la CN) se encuentra el margen de apreciación nacional. Es decir, no se funda en fuentes del Derecho internacional, sino que lo hace sobre normas de nuestro Derecho Constitucional. Lo manifiesta expresamente en su Considerando quinto:

“5. Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el arto27.

“El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

“A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina [...]”.

Este desarrollo jurisprudencial propuesto en el voto del ministro ROSATTI encuentra una mayor explicación en la tarea de doctrinario de dicho supremo, quien –como vimos al comienzo de este trabajo– en uno de sus varios artículos sobre el tema caracteriza “al margen nacional de apreciación o margen de apreciación nacional como la potestad inherente a la **soberanía de los Estados nacionales**, ejercida en concordancia con el orden público internacional para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada

---

<sup>71</sup> DOLABJIAN, Diego, “Sobre el margen de apreciación nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, No. 2, noviembre de 2020, p. 101.

entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional”.<sup>72</sup>

Si bien la definición dice fundar el principio del margen de apreciación nacional en la “soberanía de los Estados nacionales”, ¿a quién atribuye la potestad para apreciar dentro de ese margen la norma, decisión o interpretación internacional?; en nuestro sistema constitucional: ¿qué poder constituido tiene competencia para evaluar si una norma internacional lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional?

Como lo adelantamos, la respuesta que se desprende de la conceptualización de la doctrina del margen de apreciación nacional que efectúa ROSATTI, no puede ser otra que el órgano supremo y cabeza del poder judicial (arts. 27 y 108 de la CN). Ni el poder ejecutivo ni el poder legislativo, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni los superiores tribunales de justicia provinciales, ni los órganos inferiores del poder judicial; solo –y exclusivamente– la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### **4. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL DESPUÉS DEL FALLO “ESCALANTE”**

En el caso “Escalante”, la Corte revisó el impacto de su propia doctrina construida mediante el precedente “Fontevicchia II”,<sup>73</sup> en cuanto a los alcances de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno de nuestro país, en particular en la obligación de los órganos judiciales provinciales de dar cumplimiento a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión federal que se produce por su incumplimiento.

Esta decisión del máximo tribunal de justicia de la nación, de la cabeza del poder judicial federal, de uno de los poderes constituidos del Estado argentino, debe ser leída en el marco de la actual discusión pública que este órgano judicial mantiene con el poder ejecutivo y el poder legislativo, debate en el que se discute –como telón de fondo– sobre las implicancias institucionales

---

<sup>72</sup> ROSATTI, Horacio D., “Globalización, convencionalidad y...”, *cit.*; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local...”, *cit.*

<sup>73</sup> CSJN, Fallos: 340:47 *cit.*

que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política.<sup>74</sup>

En particular me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “margen de apreciación nacional”, ya mencionado por la Corte en el caso “Fontevicchia II”, y aplicado en la decisión en análisis en un sentido distinto al dado en la primera de ellas. Pretendo simplemente hacer foco en la manera en que la cabeza de nuestro poder judicial federal construye un ámbito de discreción o libertad judicial para evaluar los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como vengo sosteniendo, considero que la Corte Suprema de Justicia desvirtuó una doctrina –construida en Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos– con el objetivo de otorgar un margen de apreciación a los Estados nacionales, cuya única titular es la propia Corte, para evaluar la construcción y el desarrollo de las políticas públicas que los poderes –con legitimación democrática de origen– determinen, con algún grado –variable según el caso– de libertad, cuándo es necesario y justificado limitar o restringir algún derecho fundamental reconocido en ese sistema regional.

La lectura que los ministros ROSATTI y LORENZETTI realizan del artículo 27 de la Constitución Nacional y los alcances que le pretenden otorgar a la doctrina del margen de apreciación nacional desconoce el *principio de soberanía popular*, reconocido expresamente en nuestra Constitución Nacional (arts. 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus habitantes.

#### 4.1. EL CASO “ESCALANTE” (12 DE AGOSTO DE 2022)

##### **c) La resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

El voto de la mayoría está rubricado por los ministros Horacio ROSATTI y Ricardo LORENZETTI, habiéndolo hecho, según sus propios fundamentos, los jueces Carlos ROSENKRANTZ y Juan Carlos MAQUEDA, coincidiendo todos en hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la

---

<sup>74</sup> CABRAL, Pablo Octavio, “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, *Trayectorias Universitarias*, Vol. IV, No. 7; “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*; Vol. 9, abril/junio 2019, Brasil, pp. 231-258.

sentencia apelada. El presente trabajo se centrará en el análisis de los argumentos del voto de la mayoría.

Recordó el Tribunal que si bien las decisiones de los superiores tribunales de justicia provinciales en materia de procedencia de recursos locales no son, en principio, revisables por la Corte, esta regla cede cuando –como en el caso– se encuentra cuestionada la interpretación y aplicación de normas de naturaleza federal y la sentencia atacada es contraria a las pretensiones del recurrente.

La cuestión federal llevada por la defensa de C.N.G. ante el Superior Tribunal Provincial exigía –según la Corte– dilucidar si es constitucionalmente válido para el orden jurídico argentino, el cumplimiento en este proceso penal de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como medida de reparación dictada en el caso “Mendoza” bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana.

El primero de los argumentos del Tribunal Provincial (1) fue rechazado por la Corte argumentando, por un lado, que el hecho que la desestimación del recurso extraordinario –mediante la aplicación del artículo 280 del CPC y CN– haya sido con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso “Mendoza” por la Corte Interamericana; *“no pueden interpretarse con el alcance que le asigna el supremo provincial al rechazar el actual planteo del apelante, en tanto no se ajusta a lo efectivamente resuelto por esta Corte en esa sentencia. Al respecto y con el objeto de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de este Tribunal, recientemente se puso de relieve que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida”* (Considerando 8°).

Respecto del segundo de los argumentos del Tribunal Provincial (2), la Corte afirmó que la invocación al precedente “Fontevicchia II” (Fallos: 340:47), en la forma en que lo ha hecho el superior local, no constituye un argumento para clausurar la vía intentada por el recurrente, dado que *“existen diferencias procesales relevantes entre el caso citado y los planteos traídos por el apelante en estas actuaciones, circunstancias que demandaba un desarrollo argumental que estableciera específicamente la incidencia en el presente supuesto de los sostenido por esta Corte en aquella ocasión, atendiendo a las mencionadas discrepancias”* (Considerando 7°).

Sintetiza la Corte que el Tribunal Supremo de la provincia de Corrientes omitió tratar adecuadamente la materia federal planteada por la defensa recurrente

en el pedido de revisión y que dicha cuestión se encuentra directamente relacionada con el litigio, apelando de modo predominante a fundamentos basados en la regulación procesal local, erigiendo de este modo un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia apelada ya que lo que habilita su intervención es la previa decisión de la cuestión federal por la cabeza de la justicia provincial.

Volviendo a poner la lupa sobre la utilización del concepto de “margen de apreciación nacional”, la Corte –en el último párrafo del Considerando 6° del voto mayoritario– dice:

“Sin que importe adelantar criterio alguno sobre la solución de la cuestión federal planteada, su tratamiento supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1°, 2°, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2° de la ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental (Fallos: 340:47, considerando 11 del voto de la mayoría y considerando 5° del voto del juez Rosatti)”.

## 5. EL CONCEPTO “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL” DESPUÉS DEL FALLO “ESCALANTE”

Como vimos, en el precedente “Fontevicchia II”, la Corte –en su voto mayoritario– mencionó –al pasar– la doctrina del margen de apreciación nacional, vinculándola a la prohibición de la cuarta instancia y al principio de subsidiaridad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Y al momento de construir su argumento de limitación de la aplicación de los tratados internacionales a partir de los principios de Derecho público (art. 27 de la Constitución Nacional), hizo referencia al concepto de soberanía como fundamento a la existencia de algún tipo de límite a la aplicación del Derecho internacional (Considerando 16: *“El constituyente ha consagrado en el art. 27 una **esfera de reserva soberana**, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”*).

En el voto mayoritario (a diferencia del de ROSATTI<sup>75</sup>), el margen de apreciación nacional no integra los principios de Derecho público argentino mencionados por el constituyente en el artículo 27 de la Carta Magna.

El paso que da la mayoría en el fallo “Escalante” no es menor, ya que, adhiriéndose a la postura de ROSATTI, sostiene que el margen de apreciación nacional dimana del artículo 27 de la norma fundamental, es decir, de nuestro Derecho constitucional.<sup>76</sup> De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del Derecho público que reviste carácter supraconvencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar de que no se encuentra positivizado en ninguna norma constitucional o legal que le dé sustento.

¿Qué implicaciones puede tener que el margen de apreciación nacional provenga del Derecho internacional (construcción jurisprudencial del SEDH o aun su par interamericano) o se trate de uno de los principios (implícitos) del Derecho público argentino mencionados en el artículo 27 de la Constitución Nacional?

Si situamos este principio como parte del Derecho internacional –dentro del Sistema Interamericano–, no caben dudas de que su interpretación, aplicación y desarrollo doctrinario es una competencia convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nuestra Corte deberá aplicar en sede interna, a partir del funcionamiento del principio de subsidiaridad de nuestro sistema regional.

Coincido con DOLABJIAN en que, en la actualidad, “en el sistema interamericano, la doctrina del *margen* sería admisible en la concretización de las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. A su turno, en el cumplimiento de las decisiones de las instancias internacionales, sólo sería

---

<sup>75</sup> El ministro Horacio ROSATTI también viene proponiendo, tanto en su trabajo doctrinario (ver ROSATTI, Horacio D., “Globalización, convencionalidad y...”, *cit.*; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local...”, *cit.*) y como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el concepto de margen de apreciación provincial o local (ver sus votos en las causas CSJN, Caso “Castillo c/ Provincia de Salta” y “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”).

<sup>76</sup> En la referencia, la Corte cita el Considerando 5 del voto del juez ROSATTI en la causa “Fontevicchia II”, y el Considerando 11 del voto de la mayoría, de cuya lectura no surge referencia alguna al margen de apreciación nacional como uno de los principios de Derecho público del artículo 27.

aceptable frente a las recomendaciones de la Comisión IDH y las opiniones consultivas de la Corte IDH, pero no así ante las sentencias del tribunal interamericano, pues estas deben ser acatadas por el Estado condenado en el proceso y seguidas por todos los demás Estados partes del sistema –a la luz del control de convencionalidad– sin contemplarse *margen al efecto*”.

Contrariamente a los obstáculos que el sistema interamericano ofrece a la interpretación y el uso del margen de apreciación nacional que en “Escalante” propone la Corte, en el ámbito del Derecho constitucional interno, el artículo 27 de nuestra Carta Magna<sup>77</sup> –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial<sup>78</sup>–, ofrece un espacio de libertad para decir el derecho que empodera desmesuradamente a la cabeza del poder judicial por sobre los otros dos poderes con mayor legitimación democrática.

En mi opinión, este cambio de criterio de la Corte no tiene fundamento jurídico que le dé sustento, tratándose del intento de apropiarse de un mayor margen de poder en su lucha intestina con las autoridades que democráticamente representan al pueblo. Se trata de una decisión pura y exclusivamente *política*.

Como lo expuso CLÉRICO, nuestro máximo tribunal de justicia no contextualizó ni fundó adecuadamente en Derecho el uso del margen de apreciación nacional al resolver en la causa “Fontevicchia II”, agregando yo que en el precedente “Escalante”, de ninguna manera suplió esa carencia de origen.

No alegó la Corte que el fundamento último de la existencia de este margen de discrecionalidad –reconocido por el Derecho internacional– no sea la soberanía de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos; tampoco que no exista una reserva de un espacio de libertad –más o menos extenso– en favor de los gobiernos y los legisladores a la hora de tener que concretizar las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de adoptar medidas que pudieran suspender, afectar, limitar o restringir derechos y garantías reconocidos y protegidos en la referida Convención.

---

<sup>77</sup> CN, artículo 27.- “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

<sup>78</sup> Código Civil y Comercial, artículo 2º.- “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados parte tienen el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno cuando los derechos y las libertades no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Así, nuestro país se comprometió a adoptar –con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención– las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.<sup>79</sup>

Es decir, surge de una razonable interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, que de existir el principio del margen de apreciación nacional, es sólo aplicable al momento en que el poder político democráticamente elegido, en representación del pueblo, reglamenta razonablemente (art. 28 de la CN) las disposiciones de los tratados internacionales de protección de derechos humanos, con la finalidad de amoldar su concretización en el ámbito nacional o local.<sup>80</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la forma, el alcance y el escrutinio de las limitaciones de los derechos también están explicitadas en normas que integran el bloque de constitucionalidad. Además del principio constitucional de razonabilidad (art. 28 de la CN<sup>81</sup>), la propia CADH establece, por un lado, las exigencias y los requisitos para suspender las garantías de los derechos, enumerando aquellos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos (art. 27<sup>82</sup>),

---

<sup>79</sup> La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una doctrina jurisprudencial consolidada le otorgaba este sentido al principio de margen de apreciación nacional. Ver causas “Bramajo” (Fallos: 319:1840); “D. de P.V.A. c/ O.C.H.” (Fallos: 322:2701); “Alianza Frente para la Unidad” (Fallos: 324:3143); “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312); “Simón” (Fallos: 328:2056); “Mazzeo” (Fallos: 330:3248); “R.A.D.” (Fallos: 330:3853); “Sindicato Policial Buenos Aires” (Fallos: 340:437), entre otros. El análisis y la recopilación de los fallos se puede ver en DOLABJIAN, Diego, “Sobre el margen de apreciación nacional”, *cit.*, p. 93 y ss.

<sup>80</sup> Ver DOLABJIAN, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, *cit.*, p. 93.

<sup>81</sup> CN, artículo 28.- “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>82</sup> CADH; artículo 27.- “Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4. (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad

y dispone que las restricciones permitidas al goce y al ejercicio de los derechos y las libertades, no pueden ser aplicadas sino de conformidad con las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, dejando expuesto en la Convención<sup>83</sup> y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (art. 30<sup>84</sup>).

Es decir, siguiendo este razonamiento, que el beneficiado por la existencia de un margen de discrecionalidad a la hora de establecer políticas públicas, en un sentido muy amplio (políticas legislativas, administrativas, de alcance individual o general, por acción o por omisión) no es otro que el Estado en cabeza de sus poderes democráticamente elegidos.

La propia Constitución Nacional refuerza la idea de que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es protegida por el sistema republicano y democrático (arts. 33<sup>85</sup> y 37<sup>86</sup> de la CN), por lo que, de ser posible interpretar que nuestro ordenamiento jurídico esconde en sus entrañas el principio de margen de apreciación nacional, esta libertad para decidir con cierta discrecionalidad sólo puede estar en cabeza de los poderes políticos que representan al pueblo, es decir, tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo.

---

*de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.*

<sup>83</sup> Ver CADH, Preámbulo, artículos 15, 16; 22, 29 y 32.

<sup>84</sup> CADH, artículo 30.- *“Alcances de las Restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.*

<sup>85</sup> CN, artículo 33.- *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la **soberanía del pueblo** y de la forma republicana de gobierno”.*

<sup>86</sup> CN, artículo 37.- *“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la **soberanía popular** y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.*

Y el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar si una actuación u omisión estatal se encuentra en ese margen de discreción permitido, no es el máximo tribunal nacional, sino el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar la violación de los derechos y las garantías reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esa esfera de reserva de la soberanía judicial que la Corte Suprema descubrió en el artículo 27 de la Constitución Nacional le permite someter a escrutinio las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un indeterminado margen de discrecionalidad judicial, y seleccionar los principios del Derecho público que considere aplicables al caso, para, en definitiva, abrir un paraguas a las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

De mi lectura del precedente “Escalante” se desprende que no coincido con aquellos que ven en ese fallo una superación de lo resuelto en “Fontevicchia II” y un retorno a las doctrinas anteriores que reconocían la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana para nuestra Corte Suprema.

En mi opinión, es una profundización de la utilización del margen de apreciación nacional en beneficio de la propia competencia del máximo tribunal de justicia nacional, en desmedro de nuestro sistema democrático, que sin dudas se halla fundado constitucionalmente en el principio de soberanía popular.

Afirma el profesor Andrés GIL DOMÍNGUEZ que a partir de este fallo, la versión original de “Fontevicchia II” quedó definitivamente superada: “De lo contrario, la decisión jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes hubiera sido confirmada, puesto que la misma se fundó en la perimida versión del alcance del control de convencionalidad externo en relación con las facultades constitucionales que titulariza el Poder Judicial”.<sup>87</sup>

Considero que justamente la lectura del margen de apreciación nacional en cabeza del máximo tribunal federal supone reservarse también la competencia para su aplicación respecto de las decisiones de los superiores tribunales provinciales.

---

<sup>87</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso ‘Escalante’”, en Rubinzal Culzoni, doctrina digital, RC D 640/2022. En igual sentido, BIANCHI, Luciano, “El caso ‘Escalante’: una avant première post ‘Ministerio’”, *La Ley* del 3 de octubre de 2022.

El problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la Corte Suprema (tanto “Fontevicchia II” como “Escalante”), no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Explica Fabián SALVIOLI: “También existen gobierno –e incluso otros órganos internos de los Estados por fuera de los poderes ejecutivos, en particular algunos de los más altos tribunales y cortes nacionales- que han esgrimido diferentes argumentos, desde cuestiones que remiten a los asuntos internos o el tan trillado concepto de soberanía, hasta enunciar la imposibilidad de remover la cosa juzgada que se determinó nacionalmente por razones de seguridad jurídica, todo en aras de procurar eludir el cumplimiento debido de las obligaciones emergentes de fallos que fueron emitidos por tribunales internacionales de derechos humanos en relación a dichos países, desconociendo incluso que, como cualquier órgano del Estado, no tienen más opción –ni más deber– que cumplir con las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados”.<sup>88</sup>

La particularidad de nuestro caso es que no son los poderes políticos –ni el ejecutivo ni el legislativo– quienes reclaman ese margen de apreciación nacional frente a los organismos jurisdiccionales del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, quienes –en todo caso– contarían como fundamento de respaldo con el principio positivizado de soberanía popular; sino es la cabeza del poder judicial federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya conformación es claramente contramayoritaria y adolece de un déficit de origen en su legitimación democrática, quien reclama para sí una esfera de reserva soberana.

## 6. CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los fallos aquí analizados, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad –jurídico y técnico–, que otorga una supremacía política a la cabeza del poder judicial federal sobre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder constituyente que reformó nuestra Carta Magna en 1994.

Una mirada dinámica de los criterios construidos por la Corte en los precedentes “Fontevicchia II”, “Escalante” y “A.C.P.D.H.” demuestra que la cabeza política de nuestro poder judicial supera la idea de someter la condena internacional en materia de derechos humanos a una suerte de *exequatur* para determinar

---

<sup>88</sup> SALVIOLI, Fabián, *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La Edad de la Razón*, p. 228.

su adecuación al orden público nacional, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Avanza en la configuración de un nuevo control de constitucionalidad, externo y vertical, surgido –al igual que el creado por la Corte norteamericana– pretorianamente, concentrado en la propia Corte Suprema y que alcanza tanto a normas como a interpretaciones internacionales.

Quiero finalizar este trabajo trayendo una pregunta realizada por el profesor Víctor ABRAMOVICH, quien –analizando el caso “Fontevicchia II”– lo interpretó como un intento de la Corte Suprema de Justicia de evitar la amenaza a su autoridad por parte de la Corte Interamericana y presagió “nuevas pautas interpretativas de toda la carta de derechos, posiblemente en una tendencia regresiva”: “¿qué ocurrirá si como hipótesis extrema, un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y al agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o a la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de Derecho público argentino, inducidos del texto liberal conservador de la Constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX?”.<sup>89</sup>

Esta pregunta tiene que ser repensada con el recorrido jurisprudencial de la Corte posterior a “Fontevicchia II”, ya que los principios del Derecho público del artículo 27 de la Constitución Nacional son reforzados y potenciados con el concepto –reconfigurado– de “margen de apreciación nacional”. El futuro confirmará –o no– una profundización de aquella interpretación regresiva de la que nos hablaba ABRAMOVICH, y la confirmación –o no– de una nueva herramienta jurídica en manos de la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de todo el bloque normativo internacional de derechos humanos y sus interpretaciones autorizadas.

Si esto último se consolida, será muy difícil volver atrás. Veamos el exitoso ejemplo de irreversibilidad del control de constitucionalidad creado en Norteamérica con una decisión de una corte de justicia en el año 1803 y adoptado por nuestro ordenamiento jurídico nacional. La reglamentación legal del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional puede ser una alternativa, aunque siempre estará sujeta a revisión de la Corte.

Nuestro sistema democrático, la soberanía popular y los derechos sociales fundamentales requieren, para su consolidación y protección futura, una nueva

---

<sup>89</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia...’”, *cit.*

configuración institucional en la que se establezca otra forma de equilibrar las relaciones entre los distintos poderes constituidos. Sólo el consenso democrático de mayorías y minorías –plasmado en una reforma constitucional– puede intentar desvanecer el futuro regresivo –en materia de derechos y libertades– que se avizora de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevécchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, revista *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, 2017, pp. 9-25.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, Perú, 2007.
- ALFONSO, Santiago, “Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, *La Ley* de 21/12/22.
- ALFONSO, Santiago y Lucía BELLOCCHIO (dirs.), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- ARBALLO, Gustavo, “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevécchia”, 2017, disponible en <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>
- ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BIANCHI, Luciano, “El caso ‘Escalante’: una avant première post ‘Ministerio’”, *La Ley* del 3 de octubre de 2022.
- BOVINO, Alberto, “Caso Fontevécchia: la incompetencia de un tribunal”, *No hay derecho*, 2017, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevécchia-la-incompetencia-de.html>
- BRUNO, Cecilia Romina, “Hacia el necesario desarrollo de un margen de apreciación nacional”.
- CABRAL, Pablo Octavio, “¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defeción estratégica<sup>1</sup>”, *Revista de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires*, No. 01, de noviembre de 2021.
- CABRAL, Pablo Octavio, “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, *Trayectorias Universitarias*, Vol. IV, No. 7.
- CABRAL, Pablo Octavio, “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*; Vol. 9, abril/junio 2019, Brasil, pp. 231-258.

- CANCADO TRINDADE, Antonio, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo*, 1936, Padova.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, 1994.
- CLÉRICO, Laura, "La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes", *Derechos en Acción*, 7(7).
- DE ANTONI, R., "Duelo de Cortes: el caso 'Fontevecchia' y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana", *Derechos En Acción*, 5(5), 2017.
- DÍAZ SOLIMINE, Omar Luís e Ignacio Luís DÍAZ SOLIMINE, *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- DOLABJIAN, Diego, "Sobre el margen de apreciación nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, No. 2, noviembre de 2020, p. 101.
- DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, "La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, pp. 193-209.
- DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.
- ETCHEVERRY, Juan Bautista, *Constitución, principios y positivismo jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- FERREYRA, Gustavo Raúl, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARGARELLA, Roberto, "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras", en *Claves para todos*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley*, 3/4/ 2017.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso 'Escalante'", en Rubinzal Culzoni, *Doctrina digital*, RC D 640/2022.

- GRAJALES, Amos, "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como 'la boca de los principios'. De la subsunción a la ponderación", *SJA* 2015/07/29-3; *JA* 2015-III.
- GRAJALES, Amós Arturo y Nicolás NEGRI, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- GULLCO, Hernán, "Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?", *La Ley*, Buenos Aires, 27/4/2017.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, *Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2022.
- HELMKE, Gretchen, "La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia", *Desarrollo Económico*, Vol. 43, No. 170, 2003.
- HITTERS, Juan Carlos, "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?", *La Ley*, Buenos Aires, 2/8/2017, p. 1.
- JUSTO, Juan B., "Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval", en *Derechos En Acción* (01), 2016, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, "La doctrina del margen de apreciación nacional", *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 126.
- MARTÍNEZ, Leandro Abel y Emilio ROSATTI, "Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino", UNAM
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia, "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor", *La Ley*, Buenos Aires, 8/3/2017.
- PARRA VERA, Oscar, "Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 565-606.
- PIZZOLO, Calogero, "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación 'creacionista' de los derechos humanos", *La Ley*, 23/2/2017, pp. 7-13.
- REY, Sebastián, "En defensa de la convención: una respuesta del derecho internacional a los 'elogios' recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso 'Fontevicchia y D'Amico'", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 2017-6, pp. 199-216.

- ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
- ROSATTI, Horacio, "Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales".
- ROSATTI, Horacio, "El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial", *Revista de Derecho Público*, Vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y ss
- ROSENKRANTZ, Carlos, "La pobreza, la ley y la Constitución".
- RUIZ MANERO, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- SABA, Roberto, "No huir de los tratados", revista *Pensar en Derecho*, 2017, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php> [consultado el 02/06/2018].
- SACRISTÁN, Estela, "Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial", *ED, Suplemento de Derecho Constitucional*, 20/3/2017, pp. 1-15.
- SAGÜES, María Sofía, "Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino", en M. Henríquez Viña y M. Morales Antoniazzi, *El control de convencionalidad*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2017, pp. 281-370.
- SAGÜES, Néstor, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003.
- SALVIOLI, Fabián, *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La Edad de la Razón*, IJSA, San José de Costa Rica, 2022.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar, "De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009, pp. 99-134.

---

**Recibido:** 26/2/2025

**Aceptado:** 7/5/2025