

# Margen de Apreciación Nacional. Valor de las sentencias de la Corte IDH CSJN. “Escalante, Esteban Iván y otros s/homicidio”, 12 de agosto de 2022

*Por Pablo Octavio Cabral<sup>1</sup>*

---

## 1. Presentación

En el caso “Escalante” la CSJN revisó la estructura argumentativa e impacto de su propia doctrina construida a través del precedente “Ministerio de Relaciones y Culto”<sup>2</sup> (en adelante, “Fontevicchia II”) en cuanto a los alcances de las sentencias dictadas por la Corte IDH en el derecho interno de nuestro país, en particular en la obligación de los órganos judiciales provinciales de dar cumplimiento a decisiones de dicho tribunal internacional y la cuestión federal que se produce por su falta de tratamiento.

Esta decisión del máximo tribunal de justicia nacional, cabeza del Poder Judicial federal y uno de los poderes constituidos del Estado argentino, debe ser leída en el marco de la actual discusión pública que dicho órgano judicial mantiene con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo sobre las implicancias institucionales que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política (Cabral, 2019, 2021).

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (PTN).

<sup>2</sup> CSJN. Fallos 340:47.

En particular, me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “margen de apreciación nacional”, ya mencionado por la Corte en *Fontevicchia II* y aplicado en la decisión en análisis en un sentido distinto al dado en el primero de los fallos. Pretendo simplemente hacer foco en la manera en que la CSJN construye un ámbito de discreción o libertad judicial para evaluar los efectos de las decisiones de la Corte IDH.

Adelantando mi opinión, considero que la Corte Suprema desvirtuó una doctrina construida en el sistema europeo de protección de derechos humanos con el objetivo de otorgar un margen de apreciación a los Estados nacionales para la elaboración y 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.

Una lectura de los argumentos utilizados en el voto mayoritario en “Escalante” puede abrir la puerta para un nuevo control de constitucionalidad de las decisiones y normas del sistema interamericano de derechos humanos, a partir del ejercicio del *margen de apreciación nacional*, competencia ejercida en forma exclusiva y centralizada por el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Nación.

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 (artículos 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus ciudadanos.

## 2. El Caso “Escalante”

### 2.1. El contexto normativo y jurisprudencial

El hecho delictivo por el que fueron condenados los hallados penalmente responsables ocurrió en la provincia de Corrientes en octubre de 2006, cuando uno de los autores del asesinato –C.N.G.– era menor de edad. La justicia provincial –ex Cámara Criminal de Mercedes– lo condenó a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía con el concurso de dos o más personas, en concurso ideal con el delito de privación de la libertad personal calificado.

Dicha sentencia fue recurrida en sede provincial llegando por las vías procesales hasta la CSJN, donde adquirió firmeza por la desestimación de la queja por recurso extraordinario denegado, presentado por la defensa de C.N.G., en aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Adquiere relevancia que, antes de que la condena estuviera firme por intervención del máximo tribunal federal, la Corte IDH dictó sentencia en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, cuya doctrina fue recogida en el año 2014 por la Corte Suprema en “Arce”.

En “Mendoza y otros” la República Argentina resultó condenada por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 8.h de la CADH en varios casos en los que el Poder Judicial impuso penas de privación (prisión y/o reclusión) perpetua de la libertad por hechos que ocurrieron cuando los condenados aún eran niños, en aplicación de un sistema de justicia de adolescentes que permite que estos sean tratados al igual que los adultos infractores.

Al analizar la procedencia de las medidas de reparación (art. 63 de la CADH) expresó la Corte IDH que

el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia. Lo anterior, con el fin de evitar la necesidad de que casos como el presente se interpongan ante los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y puedan ser resueltos por los órganos estatales correspondientes.<sup>3</sup>

La CSJN adoptó esta pauta jurisprudencial en la causa “Arce”,<sup>4</sup> en la que resolvió que correspondía revocar la sentencia que rechazó el recurso de revisión contra la sentencia que condenó a quien al momento de los hechos tenía menos de 18 años a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado ya que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no trató su situación particular, sí declaró la responsabilidad del Estado argentino con fundamento en violaciones de derechos humanos y obligó al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2 de la CADH en el caso análogo –“Mendoza y otros”–, situación que se impone de modo indiscutible por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

## 2.2. La decisión del Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes

El máximo tribunal provincial rechazó los planteos de la defensa –solicitando la aplicación de lo ordenado por la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros”– por entender que el motivo esgrimido no se encontraba previsto entre las causales que habilitaban la vía respecto de sentencias pasadas en

3 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 237.

4 CSJN. Causa “Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado”, Expte. CSJ 1008/2011 (47-A)/CS1, sentencia del 5 de agosto de 2014.

autoridad de cosa juzgada conforme la legislación procesal correntina (art. 514 del Código Procesal Penal provincial). Destacó, además, la imposibilidad de ampliar jurisprudencialmente los supuestos de procedencia de esta vía, atento el carácter excepcional del recurso de revisión en cuestión.

La decisión fue robustecida por los siguientes dos argumentos: a) la propia CSJN había desestimado el recurso de queja interpuesto en su oportunidad por la defensa contra la confirmación de la sentencia condenatoria, circunstancias temporalmente posteriores al dictado de la sentencia por la Corte IDH y b) resulta aplicable al caso lo resuelto por la CSJN en el caso *Fontevicchia II*, ya que se deriva de dicha doctrina que la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH alcanza únicamente a las sentencias dictadas por ese tribunal dentro del alcance de sus potestades remediales y que no actúa como una cuarta instancia que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que resulta subsidiaria y complementaria de estas.

### 2.3. La resolución de la CSJN en “Escalante”

El voto de la mayoría está rubricado por los jueces Rosatti y Lorenzetti, habiéndolo hecho, según sus propios fundamentos, los jueces Rosenkrantz y Maqueda, coincidiendo todos en hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la 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 federal, 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 IDH como medida de reparación dictada en el caso “Mendoza y otros” bajo el artículo 63.1 de la CADH.

El primero de los argumentos utilizados por el Tribunal provincial fue rechazado por la Corte argumentando, por un lado, que el hecho que la desestimación del recurso extraordinario haya sido con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso “Mendoza y otros”

no puede 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.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CSJN. *Fallos* 345:647, considerando 8.

Respecto del segundo argumento del Tribunal provincial, la CSJN afirmó que la invocación al precedente “Fontevicchia II”, en la forma en que lo ha hecho el superior tribunal 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 lo sostenido por esta Corte en aquella ocasión, atendiendo a las mencionadas discrepancias.<sup>6</sup>

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 CSJN afirma:

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 1º, 2º, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2º 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.<sup>7</sup>

### 3. El margen de apreciación nacional en la sentencia “Fontevicchia 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 CSJN en la causa “Fontevicchia II” que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” de 2003,<sup>8</sup> “Espósito” de 2004,<sup>9</sup> “Derecho” de 2011,<sup>10</sup> “Carranza Latrubesse” de 2013<sup>11</sup> y “Mohamed” de 2015,<sup>12</sup>

6 *Idem*, nota 6, considerando 7.

7 *Idem*, nota 6, considerando 6.

8 CSJN. Fallos 326:2968.

9 CSJN. Fallos 327:5668.

10 CSJN. Fallos 334:1504.

11 CSJN. Fallos 336:1024.

12 CSJN. Res. 477/15 del 25 de marzo de 2015 en Expte. 4499/13.

entre otros), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte IDH en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para el Poder Judicial.

Frente a la solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos que la CSJN dé cumplimiento a una decisión del Tribunal Interamericano, nuestra Corte federal puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, en la que, luego de declarar que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes, dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias”.

La CSJN consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado por el Poder Ejecutivo, entendiendo que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH –que surge del artículo 68.1 de la CADH– debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia.

La postura mayoritaria desestimó la presentación del Ministerio por considerar que hacer lugar a lo solicitado supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales desvirtuando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos, en contravención de los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN). Entendió que la condena de la Corte IDH no podía cumplirse porque dicho tribunal se había excedido en su competencia.

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.

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 (Abramovich, 2017; Arballo, 2017; Gil Domínguez, 2017; Gullco, 2017; Hitters, 2017: 1; Saba, 2017; Sagüés, 2017; Palacio de Caeiro, 2017; Parra Vera, 2016; Pizzolo, 2017; Rey, 2017; De Antoni, 2017). La CSJN trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH (Clérico, 2018).

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

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 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, desarrolla los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN).

En un detallado trabajo, Clérico desarrolla la evolución del concepto de margen de apreciación nacional en sus orígenes jurisprudenciales en el sistema europeo de derechos humanos, destacando las diferencias contextuales y la falta de justificación por parte de la Corte Suprema para referirse –y aplicar– dicha construcción jurisprudencial foránea en nuestro ámbito local.

Para dicha autora, la aplicación por parte de la Corte de este concepto –caracterizada 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” (Clérico, 2018: 311).

Aun así, de la hilación 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 sistema interamericano de derechos humanos. 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.

Resulta claro que los fundamentos utilizados por la mayoría para reforzar su decisión con base en la aplicación del margen de apreciación nacional resultan una invocación traída exclusivamente del derecho internacional.

Esto no sucede en el voto del juez Rosatti, quien sostiene que dentro de los principios del derecho público argentino 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:

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 artículo 27. El constituyente ha consagrado en el citado artículo 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 juez Rosatti encuentra una mayor explicación en la tarea de doctrinario de dicho magistrado, quien en uno de sus varios artículos sobre el tema caracteriza al margen nacional de apreciación:

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 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 (Rosatti, 2015, 2018).

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 dicho 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? La respuesta no puede ser otra que el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (art. 108 CN). Ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, ni la Corte IDH, ni los superiores tribunales de justicia provinciales, ni los órganos inferiores del Poder Judicial; solo la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### **4. El concepto margen de apreciación nacional después del fallo “Escalante”**

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 su incorporación a nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.<sup>13</sup>

Díaz Solimine lo describe de la siguiente forma: “se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales –ya sean administrativas, legislativas o judiciales– al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (Díaz Solimine y Díaz Solimine, 2020: 111).

<sup>13</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 Cançado 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” (Cançado Trindade, 2001: 386). Una posición favorable la sostienen Alfonso Santiago 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” (Bellocchio y Santiago, 2018: 580).



Explica Clérico que el margen de apreciación nacional 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 (Clérico, 2018: 311).

Como vimos, en el precedente *Fontevicchia II*, la CSJN mencionó –al pasar– la doctrina del margen de apreciación nacional. El paso que da la mayoría en “Escalante” no es menor ya que, adhiriendo 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. 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 de sustento.

¿Qué implicancias puede tener que el margen de apreciación nacional provenga del derecho internacional (construcción jurisprudencial del sistema europeo de derechos humanos o aun de 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, no caben dudas de que su interpretación, aplicación y desarrollo doctrinario es una competencia convencional de la Corte IDH que nuestra Corte deberá aplicar en sede interna, a partir del funcionamiento del principio de subsidiaridad de nuestro sistema regional.

Contrariamente a los obstáculos que el sistema interamericano ofrece a la interpretación y 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 –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial–<sup>14</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 “Escalante” de ninguna manera suplió dicha carencia de origen. No alegó la Corte que el fundamento último de la existencia de este margen de discrecionalidad no sea la soberanía

14 Código Civil y Comercial; Artículo 2°.- 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.

de los Estados parte en la CADH. 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.

El artículo 2 de la CADH dispone que los Estados parte tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno cuando los derechos y 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>15</sup>

Es decir, surge de una razonable interpretación de nuestro ordenamiento jurídico que el principio del margen de apreciación nacional es aplicable al momento en que el poder político democráticamente elegido, en representación del pueblo, reglamenta razonablemente (art. 28 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.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la forma, alcance y 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 CN), la propia CADH establece por un lado las exigencias y requisitos para suspender las garantías de los derechos, enumera aquellos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos (art. 27), y dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades 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, dejando expuesto en la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (art. 30).

En otras palabras, y siguiendo este razonamiento, los titulares legitimados por la existencia de un margen de discrecionalidad a la hora de establecer políticas públicas, en un sentido muy amplio (legislativas, administrativas, de alcance individual o general, por acción o por omisión), no pueden ser otros que los poderes del Estado 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 y 37 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 solo puede estar

15 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.

en cabeza de los poderes políticos que representan al pueblo, es decir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

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 garantías reconocidas en la CADH.

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 IDH 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 normas y decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

## 5. Conclusiones provisorias

Como adelanté al inicio y desarrollé en este breve comentario, mi lectura del precedente “Escalante” no coincide 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 IDH para nuestra Corte Suprema.

Tampoco puedo suscribir que “importa un progreso hermenéutico en el proceso de ejecución del control de convencionalidad en nuestro país, al tiempo de trazar una clara tendencia hacia la correcta operatividad del sistema adjetivado por la internacionalización del derecho” (Bianchi, 2022).

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 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 (Gil Domínguez, 2022).

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. El control de constitucionalidad de las decisiones y normas del

sistema interamericano de derechos humanos, a partir del ejercicio del margen de apreciación nacional, no es difuso, ni mucho menos federal.

El problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la CSJN no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Como explica Salvioli:

Existen gobiernos –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 (Salvioli, 2022: 228).

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, sino es la cabeza del Poder Judicial federal, 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.

## Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (2017). 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, 9-25.
- Arballo, G. (2017). La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevicchia. Recuperado de <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>
- Bellocchio, L. y Santiago, A. (dirs.) (2018). *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*. Buenos Aires: La Ley.
- Bianchi, L. (3 de octubre de 2022). El caso “Escalante”: una avant première post “Ministerio”. *Revista La Ley*.
- Cabral, P. O. (abril/junio de 2019). El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, 9, 231-258.
- (2021). La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico. *Revista Trayectorias Universitarias*, IV(7).

- Cançado Trindade, A. (2001). *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Clérico, L. (2018). La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Revista Derechos En Acción*, 7(7), 295-317.
- De Antoni, R. (2017). Duelo de Cortes: el caso “Fontevecchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana. *Derechos en Acción*, 5(5).
- Díaz Solimine, Omar Luís y Díaz Solimine, Ignacio Luís (2020). *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*. Buenos Aires: Astrea.
- Gil Domínguez, A. (3 de abril de 2017). Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. *Revista La Ley*.
- (2022). Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso “Escalante”. *Rubinzal Culzoni, Doctrina Digital*, RC D 640/2022.
- Gullco, H. (27 de abril de 2017). Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra? *Revista La Ley*.
- Hitters, J. C. (2 de agosto de 2017). Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? *Revista La Ley*.
- Palacio de Caeiro, S. (8 de marzo de 2017). El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor. *Revista La Ley*.
- Parra Vera, O. (2016). Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En P. Santolaya e I. Wences (coords.), *La América de los Derechos* (pp. 565-606). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pizzolo, C. (23 de febrero de 2017). ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos. *Revista La Ley*, 7-13.
- Rey, S. (junio de 2017). En defensa de la Convención: una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 199-216.
- Rosatti, H. D. (2015). Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales. En W. F. Carnota (dir.), *Derecho de la integración y control de constitucionalidad* (pp. 469 y ss.). Buenos Aires: La Ley.
- (2018). El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: teoría y praxis judicial. *Revista de Derecho Público*, 2, Santa Fe, 653 y ss.
- Saba, R. (2017). No huir de los tratados. *Revista Pensar en Derecho*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>
- Sagüés, M. S. (2017). Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino. En M. Henríquez Viña y M. Morales Antoniazzi (coords.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (pp. 281-370). Santiago de Chile: DER Ediciones.
- Salvioli, F. (2022). *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*. San José de Costa Rica: IJSA.