

# ENSAYO SOBRE EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

**Leandro Abel Martínez**

*Universidad de Buenos Aires*

**Emilio Rosatti**

*Universidad Nacional del Litoral*

## Sumario:

I. PREMISAS INICIALES. II. EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. III. LA JERARQUÍA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH. IV. LA FÓRMULA “EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA”: EL NUDO DEL PROBLEMA. V. UN POCO MÁS ALLÁ: MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL. VI. CONCLUSIONES.

181

## RESUMEN

En este trabajo se analiza la jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme a las reglas del sistema constitucional argentino. En tal sentido, 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, del mismo modo que existe un margen de apreciación provincial respecto del gobierno federal.

### Palabras clave:

Constitución y Derechos Humanos, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control judicial, margen de apreciación.

## ABSTRACT

### ESSAY ON THE MARGIN OF NATIONAL APPRECIATION AND THE HIERARCHY OF SOURCES IN THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL SYSTEM

This paper analyzes the hierarchy of international treaties on Human Rights and the sentences of the Inter-American Court of Human Rights in accordance with the rules of the Argentine constitutional system. In this regard, the existence of a margin of appreciation in favor of national authorities –legislative and jurisdictional– regarding the interpretation and application of international law is maintained, in the same way that there is a margin of provincial appreciation with respect to the federal government.

### Key words:

Constitution and Human Rights, sentences of the Supreme Court of Justice of the Nation, sentences of the Inter-American Court of Human Rights, judicial control, margin of appreciation.

## I. PREMISAS INICIALES.

El derecho internacional de los derechos humanos es receptado de distintas formas por la comunidad de naciones que integran el sistema de protección regional americano. Ello responde a que los países, en ejercicio de su soberanía, contraen las obligaciones internacionales que estiman convenientes mediante los mecanismos establecidos en sus ordenamientos jurídicos positivos. Las razones y motivaciones pueden ser diversas, pero lo cierto es que ello es consecuencia de la historia y realidad de cada Estado<sup>1</sup>.

En el caso argentino, la última reforma constitucional de 1994 dispuso en su artículo 75, inciso 22, que los tratados de derechos humanos allí enumerados tuviesen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, sin derogar artículo alguno de la primera parte y entendiéndose complementarios. Al mismo tiempo la Constitución Nacional (en adelante CN) pergeñó un mecanismo para que el Congreso de la Nación, sin reforma constitucional, pudiera asignarles jerarquía constitucional a otros instrumentos de derechos humanos.

Por un lado, desde el caso “Sojo”<sup>2</sup> (1887) de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), hasta su consagración explícita con la inserción del artículo 43 en la reforma de 1994, contamos a nivel federal con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso. Este sistema tuvo como pretensión original resguardar la supremacía de la CN y del orden jerárquico en su integridad. Naturalmente, con la reconfiguración normativa ocurrida con la reforma de 1994, el sistema de control de constitucionalidad federal reorientó sus objetivos, toda vez que a partir de entonces la CN comparte la cúspide del ordenamiento con los tratados de derechos humanos antes indicados. Esto significa que el control de constitucionalidad, desde el último momento constituyente, opera como garantía para salvaguardar la supremacía de la CN y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por otro lado, en la sentencia “Almonacid Arellano”<sup>3</sup> (2006) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), se señaló que los jueces nacionales deben realizar una especie de control de convencionalidad a fin de verificar que las normas internas no sean violatorias del orden jurídico convencional. Sin perjuicio de que la Argentina no era parte en esa controversia, es evidente que desde la reforma de 1994 los jueces argentinos deben fallar de conformidad con la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Por esta última razón, entendemos que el juicio de compatibilidad de las normas nacionales infraconstitucionales para con los tratados con jerarquía constitucional se impone desde la vigencia de la reforma de 1994 y no desde que la CIDH acuñara la expresión “control de convencionalidad”. Esta afirmación nos lleva a sostener que no estamos en presencia de controles jurisdiccionales autónomos o independientes.

Dicho esto, creemos que las discusiones relativas a la doctrina del margen de apreciación nacional<sup>4</sup> –entendido en términos básicos como la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales– deben tener en cuenta, necesariamente, la jerarquía dada por cada Estado a los instrumentos internacionales y el sistema de control de constitucionalidad adoptado por éstos.

1 Respecto de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en algunas constituciones sudamericanas, podemos describir la situación en cuatro países para graficar la diversidad de opciones: “Con base en el análisis se puede observar que existen cuatro modelos, a saber: a) cuando existe la previsión constitucional de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: modelo de la Constitución Política de la República de Colombia; b) cuando el derecho internacional de los derechos humanos poseen jerarquía constitucional: modelo de la Constitución Nacional de la República Argentina; c) cuando el derecho internacional de los derechos humanos tiene jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal: paradigma de la Constitución de la República Federativa del Brasil; y d) cuando la Constitución no hace referencia a la interacción entre derechos internacionales de los derechos humanos y la Constitución: Constitución de la República Oriental del Uruguay” (CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA, “La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas”, en *Contextos*, publicación del Seminario sobre Derecho Público de la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires, n° 5, Buenos Aires, 2013, p. 135).

2 *Fallos* 32: 120.

3 CIDH, 26/9/2006, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, serie C, n° 154, párr. 123.

4 “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

En este trabajo sostenemos que el margen de apreciación nacional existe desde antes de que sea bautizado como tal y que va a continuar a pesar de las críticas y los elogios dado que es imposible que los poderes públicos realicen e interpreten el derecho prescindiendo de su propio contexto<sup>5</sup>. En este sentido, al momento de desarrollar el contenido de los derechos y las garantías de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, se configura un margen de apreciación legislativo en cabeza del Congreso federal, de las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CABA). De igual modo, al dirimirse controversias en el ámbito de la jurisdicción federal, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, existe un margen de apreciación judicial para interpretaciones que compatibilicen el alcance de las normas federales, nacionales y locales con las normas constitucionales y convencionales de máxima jerarquía.

Este panorama es consecuencia de la forma de Estado federal adoptada por la CN, según la cual el accionar de los órganos federales y locales encuentra como límite distintas disposiciones constitucionales (arts. 28 y 31, entre otros). Asimismo, la cláusula federal del artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) impide que las autonomías locales operen como salvavidas para la violación de las disposiciones convencionales.

## II. EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Como se adelantó, la reforma constitucional de 1994 puso en un plano de igualdad a ciertos tratados de derechos humanos con la CN (conf. art. 75, inc. 22). Asimismo, no hay que olvidar, aunque se suele hacerlo, que el artículo 27 de la CN dispone que los tratados internacionales deben guardar conformidad con los principios de derecho público del texto constitucional. La paridad enunciada se manifiesta en las condiciones de vigencia de los tratados<sup>6</sup>.

Con relación a ello, inicialmente se sostenía que las condiciones de vigencia de los tratados tenían que ver con las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por un Estado o el plazo de entrada en vigor fijado al momento de receptor el instrumento<sup>7</sup>. Luego, con el correr de los años, fue ganando lugar la idea de que esas condiciones de vigencia incluían a las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales de protección del sistema regional. Esta posición fue creciendo tanto en la jurisprudencia de la CIDH como en la de la CSJN y en gran parte de la doctrina vernácula<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, los pronunciamientos

---

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” (MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN, “La doctrina del margen de apreciación nacional”, en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 126).

5 “La idea básica es pues que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea” (JAVIER GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, p. 122).

6 En este punto, se nos hace necesario formular la siguiente aclaración. El art. 31 de la CN establece que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Luego de la reforma de 1994 –que no podía modificar la primera parte del articulado– debería leerse lo siguiente: “Esta Constitución junto con los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los tratados internacionales que sin tener jerarquía constitucional pueden llegar a tenerla, los demás tratados con potencias extranjeras, y las leyes de la nación, en ese orden, son la ley suprema de la Nación”.

7 “La Constitución Argentina vigente desde el 24 de agosto de 1994 otorga jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas que hubieran sido formuladas, que se entienden complementarios de la parte dogmática de la Constitución...” (MÓNICA PINTO, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 66).

8 Según Pablo L. Manili, “... las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos no integran el bloque de constitucionalidad argentino. No obstante de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, las sentencias de la CIDH integran las condiciones

del sistema interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Volveremos sobre ello más adelante.

De todas formas, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, ante una colisión entre una disposición contenida en la CN y una norma inserta en un tratado con jerarquía constitucional, no es viable la técnica de la ponderación que haga prevalecer a un sistema por sobre otro, en virtud de que poseen la misma jerarquía y son complementarios. Entonces, frente a estas tensiones los jueces deberán armonizar las normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad federal. Esta idea doctrinaria se lleva bien con la jurisprudencia de la CSJN, planteada en el caso “Monges”<sup>9</sup>, que afirma que el convencional constituyente hizo un juicio de compatibilidad al momento de dar ingreso a nuestro sistema a los tratados del artículo 75, inciso 22.

En nuestra opinión, la CN y los tratados con jerarquía tienen el mismo valor y consecuentemente la misma posición jerárquica, razón por la cual, en caso de conflicto, no se puede hacer prevalecer a uno por sobre otro. Esta afirmación capital repercute en el entendimiento del control de convencionalidad pues éste sólo alcanza a las disposiciones infraconstitucionales. En síntesis, se trata de armonizar.

Sin rodeos, la CN no puede ser violatoria de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, porque es el poder constituyente el que coloca a esos instrumentos en esa posición y no lo hace en menoscabo de las normas creadas por sí mismo. En consecuencia, una sentencia de la CIDH no puede entender que alguna disposición de la CN sea violatoria del derecho convencional con jerarquía constitucional. En nuestro sistema jurídico es una asamblea constituyente, como máxima expresión de la voluntad comunitaria, la que regula las fuentes del derecho.

### III. LA JERARQUÍA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH.

Ahora bien, con ánimo de polemizar, cabe preguntarse si las sentencias de la CIDH acaso tienen jerarquía constitucional por imperio del artículo 75, inciso 22. Entendemos que no hay argumentos normativos para así creerlo<sup>10</sup>. Con ello descartamos las razones políticas o ideológicas que pueden esgrimirse sobre esta cuestión. Independientemente de ello, si quisiéramos sostener una opinión contraria a nuestras creencias jurídicas, expondríamos las siguientes ideas y conclusiones.

En primer lugar, si postulamos que las reglas interpretativas formuladas por la CIDH integran el llamado bloque de constitucionalidad federal, nobleza obliga, no hay razones para no afirmar que la jurisprudencia de la CSJN también goza del mismo nivel de jerarquía. Dicho de otro modo, si los tratados de derechos humanos rigen con las interpretaciones dadas por la CIDH, la CN también se aplica con la doctrina judicial de la CSJN.

En segundo lugar, y continuando con esta línea argumental, es evidente que la jerarquía constitucional de los estándares de la CIDH se da en las condiciones de su vigencia, ya que así lo estipula el artículo 75, inciso 22. Ello nos conduce a preguntarnos qué significan las condiciones de vigencia de una sentencia de un tribunal jurisdiccional. Básicamente, que la sentencia rige para las partes del proceso y que se encuentra firme. De ello se puede concluir que únicamente gozarían de jerarquía constitucional las sentencias de la

185

---

de vigencia de los instrumentos internacionales que conforman el bloque, mientras que los informes de la comisión IDH deben servir de guía a los jueces para la interpretación de esos instrumentos” (PABLO LUIS MANILI, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a propósito del fallo ‘Fontevicchia’”, La Ley, Suplemento del 20/3/2017, Buenos Aires, Volumen: 2017-B, pp. 114 a 121).

9 Fallos 319: 3148.

10 “... bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de ‘tener en cuenta’ su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de ‘acatar’ su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de sus fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al art. 68 CADH solamente tales sentencias son obligatorias” (ALBERTO B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/9/2010, 15 – LALEY2010-E, 1090).

CIDH, en los casos en que el Estado argentino fue parte. Aquí no hay que perder de vista que el artículo 68 del PSJCR establece que sólo son obligatorias para los Estados las sentencias en los casos en que son partes.

En tercer lugar, de acuerdo al artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional son complementarios y no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN. En virtud de la naturaleza de las cosas, corresponde equiparar, por un lado, a las normas de la CN con las de los tratados y, por otro, a las sentencias de la CSJN con las de la CIDH. Ello puesto que corresponde distinguir conceptualmente entre normas y sentencias. Ahora bien, si los tratados de derechos humanos son complementarios a la CN, el correlato sería que los fallos de la CIDH también serían complementarios a las interpretaciones de la CSJN. Asimismo, por consiguiente, la jurisprudencia interamericana no puede derogar artículos de la primera parte de la CN.

En cuarto lugar, en virtud del artículo 27 de la CN, las sentencias de la CIDH deben guardar conformidad con los principios de derecho público de la CN. Esto implica que la CIDH al momento de fallar razonadamente no puede ignorar los principios constitucionales y focalizarse sólo en las disposiciones convencionales con prescindencia del derecho interno. Adelantando nuestra opinión, tanto la CSJN como la CIDH deberían tener una mirada periférica que les permita complementar el derecho internacional con el derecho nacional, y viceversa.

Sin perjuicio de los fundamentos expuestos –alguno de ellos atendible–, entendemos que las decisiones de la CIDH no tienen la máxima categoría normativa y, por lo tanto, tampoco pueden posicionarse por encima de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, Horacio Rosatti –ex convencional constituyente en 1994 y miembro de la comisión redactora– afirmó que “no es históricamente cierto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ [en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos] haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes’”<sup>11</sup>.

Abstrayéndonos de este debate, pregonamos que ninguna jurisprudencia, tanto nacional como internacional, puede ser aplicada de manera automática y sin reflexión alguna. Es que, más allá de que en estas tierras no rige el precedente como fuente de derecho obligatoria, es indudable que para aplicar las reglas establecidas por un máximo tribunal de justicia hay que comprobar la existencia de un caso análogo y para ello es necesario analizar detenidamente los hechos de la causa y el derecho aplicable.

Sobre este punto es necesario diferenciar dos situaciones posibles en torno a la aplicabilidad de la jurisprudencia de la CIDH. Nos referimos puntualmente a un caso en que el Estado argentino sea parte y a otro en que no lo sea. En el primer contexto hipotético, partimos del presupuesto de que la CIDH haya entendido violatoria del orden convencional, por ejemplo, una norma del derecho interno argentino. Para ello, suponemos que ha analizado los hechos del caso, el derecho positivo y el lugar que la CN le dio al derecho convencional. Aquí sobran los motivos para aconsejar que los poderes públicos tengan en cuenta esa jurisprudencia para los casos análogos que se presenten, toda vez que de lo contrario se violarían nuevamente normas convencionales que acarrearán la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En el segundo supuesto, es decir, el de un caso en que un Estado no sea parte, nuestra posición es de razonada prudencia. Básicamente, tenemos la sensación de que no se pueden exportar las reglas jurisprudenciales nacidas de un conflicto normativo en el que un Estado no fue demandado. En esta afirmación juegan varios factores y todos de suma importancia. A riesgo de esbozar verdades de Perogrullo, es evidente que existen diversidades profundas y de toda índole entre los países que integran la organización de Estados americanos. Por ello, cuando la CIDH entiende que una norma del derecho positivo de un país es violatoria del orden convencional, no podemos automáticamente aplicar ese estándar a otro país que no fue parte en el litigio. Esto funciona así por razones obvias. Cada Estado tiene sus propias normas y, al momento de merituar si hubo violación del orden convencional, habrá que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dicho de otro modo, los Estados tienen un margen para apreciar si la jurisprudencia de la CIDH es aplicable en los casos es que es demandado. En este sentido, Alejandro Amaya sostiene lo siguiente:

11 HORACIO D. ROSATTI, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *Sup. Const.* 2012 (febrero), 13/2/2012, 1 – LA LEY, 2012-A, 911.

Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación” que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?<sup>12</sup>

En primer lugar, nuestra respuesta es que el poder judicial federal y local argentino no está obligado a aplicar esa jurisprudencia internacional por ninguna norma constitucional y convencional, pero debe tenerla en cuenta al momento de fallar. En segundo lugar, si en el marco de un caso concreto correspondiera la utilización de la jurisprudencia internacional, los jueces federales y locales poseen un margen de apreciación para adecuar esos estándares provenientes de casos contenciosos en los que el Estado argentino no fue parte. De lo contrario no habría ningún tipo de articulación entre el derecho internacional y el derecho positivo nacional, pues uno se impondría sobre el otro.

¿El fin justifica los medios? En la causa “Simón”<sup>13</sup> (2005) la CSJN afirmó “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ [el Estado peruano era parte demandada] al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”. Este caso es un buen ejemplo de una errónea y antojadiza invocación de la jurisprudencia de la CIDH, en pos de justificar determinados resultados vinculados al ideal de justicia, por cierto deseables. Sostenemos esto en el entendimiento de que los hechos y el derecho del caso peruano poco tenían que ver con lo acontecido en la argentina durante la transición democrática<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de lo antes señalado, recordemos que, si bien la CIDH es un tribunal internacional y el Estado argentino está sujeto a su jurisdicción en los términos del PSJCR, ello no significa que se encuentre “por arriba” jerárquicamente, pues coincidimos con la doctrina de nuestra CSJN, en el caso “Fontevicchia” (2017), que ha dicho lo siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es “... una instancia ‘revisora’ o ‘casatoria’ de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional, atributos que se desprenden del Preámbulo de la CADH (conf. arg. Corte IDH, caso ‘Perez y otros v. Venezuela’, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo. 64; Corte IDH, caso ‘Genie Lacayo’, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 94)”<sup>15</sup>.

187

#### IV. LA FÓRMULA “EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA”: EL NUDO DEL PROBLEMA.

Sin temor a equivocarnos, afirmamos que la clave de este trabajo es la expresión “en las condiciones de su vigencia”, inserta en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75, que hace referencia a la forma en que tienen jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos allí enumerados, sumado a los que luego

12 Cfr. JORGE ALEJANDRO AMAYA, “Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *de-rechoydebate.com*.

13 *Fallos* 328: 2056.

14 “La mayoría de la Corte hace referencia a esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como generadora de una obligación internacional en cabeza del Estado argentino. Consideramos, sin embargo, que el holding de ese fallo no es aplicable a las leyes que aquí se juzgan [...] no puede ser aplicado directamente al caso de la ley ‘de obediencia debida’ (y menos aún a la de ‘punto final’), dado que son leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, en plena vigencia de la democracia y en el marco de un proceso que se inició en diciembre de 1983 con el dictado de los decretos 157 y 158/83 que ordenaron promover juicios contra los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos, que continuó con la creación de la Conadep (y sus informes) y que culminó con el mega juicio a las juntas militares iniciado el 22 de abril de 1985” (PABLO L. MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1863-2007*, Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 359).

15 Considerando 7, *Fallos*: 340: 47.

se incorporaron y a los que en el futuro pudieran hacerlo. Para empezar, cabe señalar que, con antelación a 1994, los tratados de derechos humanos no tenían jerarquía constitucional y se fueron incorporando a nuestro ordenamiento jurídico positivo con la recuperación de la democracia y de la mano de la voluntad política del presidente Raúl Alfonsín.

En 1992 la CSJN sostuvo, en el caso “Ekmedjian c/Sofovich”, que los tratados eran superiores a las leyes. Allí también se afirmó que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”<sup>16</sup>. A grandes rasgos, este era el panorama normativo y jurisprudencial previo a la reforma constitucional.

Luego de la reforma constitucional de 1994, la interpretación de la CSJN fue mutando en torno a la cuestión.

La Corte Argentina pasó de considerar la jurisprudencia una ‘guía para la interpretación de los preceptos convencionales’ en el caso ‘Girolodi’; sostener en el caso Acosta’ que la jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno; posicionarse en el llamado caso Bulacio’ en el año 2003 en que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este temperamento ha sido receptado por la Corte Argentina en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales.<sup>17</sup>

Corresponde ahora desentrañar qué quiso decir el convencional constituyente cuando estableció que el orden jurídico constitucional argentino se abriría al derecho internacional en materia de derechos humanos bajo determinadas pautas, es decir, “en las condiciones de su vigencia”. Compartimos la visión de Rosatti cuanto sostiene que el término “en las condiciones de su vigencia” significa “tal y como eran recibidos por el orden jurídico interno, es decir con alguna reserva o alguna declaración interpretativa, por ejemplo”. El referido autor agrega que en términos generales el problema no se da con el texto de las convenciones o de los tratados internacionales; el problema se da con “las interpretaciones de esos textos”. Rosatti concluye que “la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario”<sup>18</sup>.

De esta manera, descartamos de plano la teoría antes mencionada que asegura que los pronunciamientos del sistema interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Entendemos que la asamblea constituyente de 1994 no quiso decir que ingresa todo –y de cualquier manera–, sino que ingresa en las condiciones de su vigencia, es decir, tal y como el orden jurídico nacional dice que deben ingresar.

Por último, y siguiendo este razonamiento, no podemos dejar de mencionar que todos los textos internacionales deben ingresar respetando la cláusula constitucional del artículo 27, esto es, de “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Esta es la manera en que se cierra el círculo. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal en “Fontevicchia”:

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.<sup>19</sup>

La anterior cita jurisprudencial no resulta caprichosa a los fines de este trabajo. Fue a partir de entonces, febrero de 2017, en que el tema en estudio volvió a cobrar protagonismo, aunque la cuestión obviamente no es nueva. Para concluir este punto, hacemos propia la mirada de Diego A. Dolabjian:

La expresión en las condiciones de su vigencia significaría que la jerarquización de los TIDH es de acuerdo con la manera en que resultan formalmente válidos para la Argentina, es decir, considerando

16 Considerando 21 del voto de la mayoría en “Ekmedjian c/Sofovich”. *Fallos* 315: 1492.

17 Vid. JORGE ALEJANDRO AMAYA, op. cit.

18 Conferencia de Horacio Rosatti en el 1º congreso patagónico de Derechos Humanos y Constitución, Bariloche, 2/11/2018.

19 Considerando 5, *Fallos* 340:47.

su entrada en vigor y las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de ellos. Desde esta perspectiva, por tanto, dicho enunciado no alcanzaría a la jurisprudencia y opiniones de órganos internacionales de interpretación y aplicación, pues estas remitirían más bien a condiciones de eficacia y no de vigencia; lo cual no implica desconocer que aquellas constituyen una importante guía para la aplicación de los TIDH, sino señalar que el texto del artículo 75, inciso 22 de la CN, en este punto, no impone en sí mismo el deber de su seguimiento.<sup>20</sup>

Creemos que es esclarecedora la distinción que formula este autor respecto de los términos “vigencia” y “eficacia”.

## V. UN POCO MÁS ALLÁ: MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL.

Habiendo dejado sentada nuestra postura respecto de la existencia –positiva– del margen de apreciación nacional, nos permitimos avanzar un poco más e intentar marcar un margen de apreciación local, visto éste desde las provincias y la CABA hacia el gobierno federal. Entendemos que el margen de apreciación local –ya no nacional– supone reconocer a las provincias argentinas y a la CABA un ámbito de apreciación para la aplicación de cierta normativa que pueda tener –en función del federalismo imperante– una percepción normativa parcialmente diferente.

Temas tales como lo referente a pueblos originarios, recursos naturales o incluso la religión deben –o deberían poder– ser tomados de manera diferente entre algunas provincias u otras y la CABA, permitiendo a esos distritos tener interpretaciones disimiles tanto de normas nacionales como internacionales. El razonamiento es el mismo, pero no ya visto desde la esfera de un país y sus principios de derecho público hacia el sistema interamericano de derechos humanos, sino siempre desde la órbita interna del propio país. La característica esencial debe ser el sistema federal de gobierno<sup>21</sup> que rija el país en cuestión, pues de otro modo resultaría difícil encontrar una visión de este tipo –local respecto de lo nacional. El caso argentino es un terreno fértil para desandar el camino de lo que llamamos “margen de apreciación local”.

El caso de los pueblos originarios es bueno para graficar nuestra idea. Sabemos, según la provincia en que se esté, que el respeto a los pueblos originarios se vive de manera diferente, pues su población puede ser casi inexistente. No decimos que en esas provincias o en la CABA no se los respete, sino sencillamente que se vive y se valora de manera distinta. Otra es la situación en las provincias con mayor presencia del tema desde lo cuantitativo, que lógicamente incide de manera directa en lo cultural. Creemos que tanto en este tema como en los otros mencionados no debe haber una visión central, por lo que se debería proyectar el margen de apreciación nacional hacia lo local.

189

## VI. CONCLUSIONES.

Tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad tienen identidad propia. Sin embargo, no son mecanismos jurisdiccionales independientes. El primero está destinado a verificar la adecuación de las normas infraconstitucionales para con la CN y, además, la compatibilidad de todos los segmentos del orden jurídico nacional. El segundo tiene como misión identificar si una norma infraconstitucional o el accionar de un poder constituido resulta violatorio del orden convencional. En definitiva, son herramientas de tutela que se integran. La CSJN y la CIDH al momento de fallar deben hacerlo velando por la supremacía de las normas constitucionales y convencionales.

El problema radica en la supuesta obligatoriedad de seguimiento de las interpretaciones de los órganos del sistema interamericano. Al respecto, alguna jurisprudencia de nuestra CSJN y parte de la

20 Cfr. DIEGO A. DOLABJIAN, *Derecho constitucional profundizado*, Ediar, Buenos Aires, 2017, pp. 397 y 398.

21 Destacamos aquí la reciente obra de ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.

doctrina nacional sostienen que los estándares fijados por la CIDH en sus sentencias deben ser aplicados en los litigios sustanciados en el territorio argentino sin cortapisas y con independencia de si esas reglas jurisprudenciales fueron fijadas en casos en los que la Argentina no haya sido parte. Paradójicamente, esa corriente de opinión jurídica no les asigna, en general, ningún valor a los estándares interpretativos de la CSJN. Según esta mirada, la CSJN debe fallar conforme las creencias de la CIDH, pero la CIDH puede fallar ignorando los criterios de la CSJN. Esto de alguna forma significa predicar, tácitamente, que la CIDH es una instancia superior a la CSJN, toda vez que se configura una relación de subordinación en términos de reglas jurisprudenciales.

Proponemos, en cambio, “juicios más balanceados”. Es indudable que la CIDH puede establecer si el Estado argentino violó el orden convencional y, en consecuencia, condenarlo a reparar, y éste debe acatar y cumplir la sentencia. Esto no es una cuestión de buena voluntad, ya que así lo estipula claramente el PSJCR. Sin embargo, ello no implica, por ejemplo, que la CIDH pueda revocar una sentencia de la CSJN, conforme se discutió en el precedente “Fontevicchia”. Ello responde, según las propias afirmaciones del voto mayoritario en el caso citado, a que la CIDH no es una cuarta instancia superior a la CSJN y a que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos funciona de manera coadyuvante. Compartimos las razones de este pronunciamiento y creemos que el sistema de la CN invita a encontrar un punto de equilibrio entre las normas internacionales que comparten jerarquía con la CN. En consecuencia, los intérpretes de las normas de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento deben considerar que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional tienen necesariamente que convivir en un plano de paridad.

En definitiva, entendemos que las riñas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no son disputas de índole semántica, sino que, por el contrario, tienen como epicentro la jerarquía de las fuentes y la determinación del derecho aplicable. Dicho esto, corresponde elaborar una reflexión final acerca de cómo juega la doctrina del margen de apreciación nacional en las relaciones entre el derecho y la jurisprudencia constitucional y la convencional<sup>22</sup>.

El margen de apreciación nacional es una consecuencia necesaria e inevitable del diseño constitucional argentino, en atención a que la arquitectura constitucional ordena la coexistencia de ciertos tratados de derechos humanos con la CN y lo hace en un plano de igualdad. Asimismo, esa relación está definida como complementaria. En este sentido, compartimos la opinión de Raúl Gustavo Ferreyra:

En la Argentina, tal margen de apreciación estatal emanado de la normatividad suprema existe y se encuentra a cargo de las “autoridades creadas” en su Constitución federal (...) Por todo ello, resulta de imposible representación que un problema deba agotarse, siempre y globalmente, dirigiendo la comprensión a la fuente foránea, sin examinar su natural y persistente complementariedad con la fuente estatal y en un caracterizado desde su propia voz, lengua y cultura constitucional. Se asume, entonces, que la racional conglobación entre el Derecho (estatal) Constitucional y el DIDH (internacional) con jerarquía constitucional, tipificado en la Argentina en términos de equivalencia de las fuentes (CF y DIDH, según regulación contenida en el art. 75, inc. 22), abre un espacio interesante y de probada riqueza semántica para la “complementariedad”, cuyo único requisito reside en el propio margen de reserva estatal propiamente estipulado por la Constitución federal.<sup>23</sup>

Tal como anticipamos, tanto las expresiones “control de convencionalidad” como “margen de apreciación nacional” procuran ponerle nombre o intentar explicar realidades preexistentes y configuradas por el texto

22 “El margen de apreciación nacional –se llame cómo se quiera– es necesario por dos razones. Porque refleja una evidente realidad, la tremenda diversidad de los 46 Estados y de los 800 millones de personas –de potenciales justiciables– que habitan desde el Atlántico en Lisboa hasta el Pacífico a la altura de Vladivostoko del mar de Bering, de la costa oeste a la este, y que integran el ámbito territorial y personal de la jurisdicción europea. Y, además, porque responde a la lógica de una protección “internacional” o “supranacional” (...), en cualquier caso subsidiaria a la interna tanto judicial u ordinaria como constitucional”. Vid. JAVIER GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, p. 130.

23 Vid. RAÚL GUSTAVO FERREYRA, *Manifiesto sobre el Estado Constitucional: reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal*, UNAULA, Medellín, 2017, pp. 99 y 100.

de la CN. Nuestra propuesta no menosprecia las opiniones del sistema interamericano; solamente invita a resistir el “canto de las sirenas” que pretende importar ciertos estándares de manera poco reflexiva y automática. La posición expuesta es normativa y prescindente de cómo nos gustaría que sean las cosas. Evitamos hacerle decir a las normas lo que las normas no dicen. Las fuentes y su respectiva jerarquía son definidas por la CN y no por los deseos de la jurisprudencia y la doctrina.

Para concluir, los poderes públicos estatales deben tener en cuenta el trabajo de los órganos de sistema interamericano de derechos humanos. La labor de la CIDH, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los Comités de observancia de los tratados debe ser considerada por las autoridades creadas por la CN. Pero ello no es sinónimo de seguimiento obligatorio. Ninguna disposición del máximo rango normativo así lo estipula y, por lo tanto, no se configura responsabilidad internacional. En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional tiene que tener conformidad con la CN. En la búsqueda de la conformidad (art. 27, CN) y la complementariedad (art. 75, inc. 22, CN) ordenada por la Constitución Federal Argentina, los poderes públicos estatales poseen un margen de apreciación para cumplir con el cometido constitucional.