

UNA CORTE SUPREMA AL MARGEN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO¹

La apropiación judicial del margen de apreciación nacional en violación del principio constitucional de soberanía popular

PABLO OCTAVIO CABRAL²

(<https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>)

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2023 | Año 7 N° 10 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 15-73

“El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (Art. 22 CN)

“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” (Art. 37 CN)

I. PRESENTACIÓN

La difícil realidad económico-social y la incertidumbre política ingresan en los ámbitos académicos e irrumpen en las construcciones teóricas que durante tiempos se consolidaron en nuestras instituciones constitucionales. Las tensiones entre la cabeza del poder judicial y los poderes políticos (en su rama ejecutiva y legislativa) ponen en crisis el modo en que nuestro ordenamiento constitucional organizó la estructura de ejercicio del poder, a partir de su división en tres par-

1 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**).

2 <https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>. Abogado (UNLP), Magister en Derechos Humanos (UNLP) y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



tes que tienen atribuciones y facultades que les son propias, debiendo además ejercer un control respecto de los restantes poderes. Es el famoso sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del poder público organizado por nuestros constituyentes al momento de instituir las bases de nuestro sistema jurídico nacional.³

Existe una explícita presión mutua -y confusión- entre las esferas de la política y los ámbitos procesales en los que el derecho tradicionalmente resuelve los conflictos ante *imparciales* jueces y bajo el cumplimiento y sometimiento a sus propias reglas, justificando así su autonomía científica e independencia institucional.

Este fenómeno, conocido como judicialización de la política, o su contracara, politización de la justicia, adquiere actualmente en nuestro continente una modalidad más sofisticada y preocupante por sus consecuencias negativas que impactan de lleno en las bases del sistema democrático; el *lawfare*⁴. Detrás de él se vislumbra una ten-

3 Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado “de frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias” (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 28, párrafo 82).

4 Zannini, Carlos. A. (2020). “Por qué no deberíamos hablar de “lawfare””. *Derechos En Acción*, 16(16), 419. <https://doi.org/10.24215/25251678e419>. Este autor propone dejar de lado el nombre de tal fenómeno y su reemplazo por persecución mediática y judicial contra los opositores políticos. Dice: “Lo que hoy se denomina con el término “Lawfare” en América del Sur es, simplemente, persecución mediática y judicial contra los opositores políticos en flagrante violación de las más elementales normas jurídicas”. Ver también: Moreno, Guillermo Raúl (2018). “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina”. *Derechos En Acción*, 7. <https://doi.org/10.24215/25251678e164>; Valim, Rafael (2018). Estado de excepción. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e167>; Cabral, Pablo Octavio (2019) “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, publicado en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (Brasil); vol. 9, p. 231 – 258, 01 de junio de 2019, con referato. Extensión 19 carillas (Disponible en SEDICI; <http://sedici>.

sión entre el poder ejecutivo (actor relevante del campo de poder) y el poder Judicial (actor central del campo jurídico) en el contexto de una discusión de fondo sobre los contornos actuales del sistema democrático y de la soberanía popular.

Hoy el conflicto se patentiza en la tramitación de un juicio político a los cuatro integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y una sucesión de fallos en los que dicho tribunal resolvió casos de innegable impacto político y –más recientemente- electoral. Por ello, realizaré una primera lectura general –históricamente situada- de los aspectos centrales de nuestro ordenamiento jurídico, en especial la debilidad democrática de la integración del poder judicial, la modificación del sistema constitucional de fuentes y de la función específica que desarrollan los jueces en nuestro país. Luego, ya entrando en la coyuntura, expondré mi visión sobre las estrategias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su pelea política con el Poder Ejecutivo de la Nación y un importante sector político con representación en el Congreso nacional.

Entre las doctrinas del superior tribunal federal quiero poner la lupa 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 (“Fontev ecchia 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, a través de 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 políticas de las provincias integrantes de la nación.

unlp.edu.ar/handle/10915/76293).

Emulando 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*, a través de 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.

II. 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, funciones y 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 siguientes puntos.

¿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 contra mayoritario del Poder Judicial o el déficit de legitimación de los jueces es un problema tratado y debatido por la doctrina de extranjera y propia. Roberto Gargarella dice que “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.”⁵

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 parlamento⁶. Además, la justicia contencioso-administrativa, existente 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.⁷

¿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,

5 Gargarella, Roberto; “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

6 Ferreira, Raúl Gustavo (2003). Notas...Ob. Cit.,

7 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 que: “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” (García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.).

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 quién 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 duda, 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 a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, revisa a sus redactores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁸

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

8 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

ran la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de leyes o disposiciones normativas infra constitucionales”⁹

¿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 Ejecutivo¹⁰.

Juan Bautista Justo explica este fenómeno con las siguientes palabras: “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”¹¹

Destaca este autor que los fenómenos que originan nuestra complejidad de fuentes son la fragmentación normativa, la fragmentación

9 Ferreyra, Gustavo Raúl, Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, EDIAR, Buenos Aires, 2003, pág.233 y sgtes.

10 Gutiérrez Colantuono, Pablo, Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022.

11 Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>.

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 Juan 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 art. 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, se puede arriesgar 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 recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.¹²

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

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

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

12 Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>

sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”¹³

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,¹⁴ que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo Ferreyra, integrante de dicho 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”¹⁵.

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.

Es también muy conocida la idea del actual ministro Carlos Rosenkrantz –expuesta 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 Consti-

13 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.

14 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.

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

tución Nacional.¹⁶ Su mirada política liberal sobre nuestras instituciones jurídicas es muy valiosa y expresa 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 ésta reconoce expresamente este tipo de derechos económicos, principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por la vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

El actual contexto puede ser interpretado por la teoría de la defección estratégica de Gretchem Helmke, quien realizó una famosa investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en el período 1976-1995.¹⁷ 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”.¹⁸

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 a su cosmovisión política) y también, en tanto acción social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros,

16 Rosenkrantz, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”.

17 Helmke, Gretchem. (2003). “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”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

18 Helmke, Gretchem. (2003). “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”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

orientándose por ésta en su desarrollo.¹⁹

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 control de la discrecionalidad política, tanto del legislador como del titular del ejecutivo, además del auto reconocimiento 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 oscurece mucho más.

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

19 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, N° 01 de noviembre de 2021.

soberanía popular y representación democrática.

III. 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”).

III. 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 jurídicos²⁰.

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 direc-

20 Etcheverry, Juan Bautista: Constitución, principios y positivismo jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

trices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta 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”²¹.

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 Canelutti dice que éstos 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 ley²².

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 éti-

21 Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

22 Canelutti, Francesco, Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo, 1936, Padova, p. 120.

ca y que por ser racionales y humanas son universales²³.

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 jurídica²⁴.

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”²⁵.

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, siguiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características: 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

23 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

24 García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid, p. 42 y ss.

25 Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209

resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: 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 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 pos positivistas y la aparición de las visiones neo constitucionalistas que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a través de la reforma constitucional de 1994 –principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos- y –luego de ello- en el proceso de constitucionalización del derecho privado²⁶.

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de Vélez Sarfield²⁷- 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 N° 26.994).

26 Ver Ruiz Manero, Juan, Imperio de la ley y ponderación de principios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.

27 El Código Civil de Vélez Sarfield, en su art. 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 art. 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).

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, 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.”²⁸

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

28 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 Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

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.”²⁹

En base a dicha 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 Alexy³⁰, cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel Atienza³¹ —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”³².

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”³³ (En adelante me referiré a este fallo como *Fontevicchia II*)

29 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.

30 Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.

31 Atienza, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

32 Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009, pp 99-134.

33 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/

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

Parte en su razonamiento de la característica de sistema subsidiario que revisten las normas y 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 con-

Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia 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.

sagrado 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 sistema interamericano de Derechos Humanos 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).³⁴

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 razonabi-

34 Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25

lidad; 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 desarrollado 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 inconvencible*” 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.”

Dicha 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.³⁵

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.³⁶

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

35 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

36 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

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*”.³⁷

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 Corte Suprema de Justicia Nacional. Pero la Corte sigue siendo Suprema en el ámbito de las decisiones dictadas en el ámbito nacional.”³⁸

La supremacía institucional de la cabeza del Poder Judicial queda relegada al ámbito nacional y la compatibilidad de esta característica de organización de éste poder constituido con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue evaluado 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

37 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 141.

38 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo II, pág. 438.

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 Sistema Interamericano de Derechos Humanos 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.”³⁹

III. 2. LA CSJN FRENTE AL SISTEMA NORMATIVO SUPRA NACIONAL. 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 fundamento normativo alguno, ni en el sistema europeo de derechos humanos —donde nació jurisprudencialmente—, ni en el sistema interamericano de derechos humanos, 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

39 Abramovich, Víctor, ob. cit.

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 sobre 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 art. 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.⁴⁰

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 CIA-DI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea formalmente y otras interpretativamente. El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión”⁴¹.

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 que las especiales y particulares circunstancias históricas, sociales, económicas, jurídicas o culturales de cada nación, lo justifican.

40 Justo, Juan, Ob. Cit.

41 Justo, Juan, Ob. Cit.

A) CONCEPTUALIZACIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL (HORACIO ROSATTI). HACIA UN NUEVO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VERTICAL (SUPRA NACIONAL)

Existen diversas definiciones sobre este concepto o doctrina, muchas de las cuales serán desarrolladas más abajo al analizar su aplicación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el intento de hacerlo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero tratándose 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 jurídico⁴².

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*”⁴³.

Quisiera adelantar que esta definición se aparta de la construida jurisprudencialmente en el sistema europeo de derechos humanos, 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.

42 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.”

43 Rosatti, Horacio D; “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 siguientes.

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 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 apreciación⁴⁴. 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*”⁴⁵ como por el mecanismo de revisión constitucional que describe: Su titu-

44 Rosatti, Horacio D; “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 siguientes.

45 Este tipo de actividad perceptiva, así descripta, 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.

lar debería ser el Poder Judicial que en 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.*”⁴⁶

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”⁴⁷(el subrayado 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 por el particular que impugna la

46 Rosatti, Horacio. En igual sentido se expresan Martínez, Leandro Abel y Rosatti, Emilio: “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”.

47 Sagués, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.”, *Ius et Praxis*, vo. 9, nro 1, Talca, 2003.

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 (SEDH)

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.⁴⁸ Hasta hace unos pocos años no se encontraba incluido en forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, positivizándose recién con la entrada en vigencia de su Protocolo N° 15, en agosto de 2021.

Explica Huberto Vargas Balaguera que: “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”⁴⁹.

Ignacio Díaz Solimine lo describe de la siguiente forma: “En el

48 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” (Cancado Trindade, Antonio; El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 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” (Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 580.

49 Vargas Balaguera, Humbro G; “El margen de apreciación nacional”.

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 administrativas, legislativas o judiciales—, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.⁵⁰

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.”⁵¹

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.⁵²

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 mani-

50 Díaz Solimine, Omar Luís y Díaz Solimine, Ignacio Luís; *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 111.

51 López Alfonsín, Marcelo Alberto; “La doctrina del margen de apreciación nacional” en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p.126.

52 Ver el trabajo de Alfonso, Santiago; “Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, Editorial La Ley del 21/12/22.

festó respecto de una política dispuesta en la mayoría de los casos; legislativamente (Art. 4 de la ley 1959 del Reino Unido⁵³; Art. 188 del Código Penal de Austria⁵⁴; disposiciones legales sobre libertad religiosa de Turquía⁵⁵; Art. 3 de la Ley de procreación artificial de Austria⁵⁶; regulación civil del matrimonio en Francia⁵⁷; Ley de adopción de Italia⁵⁸, Sección 91 de la Ley de Educación del Cantón de Basilea, Suiza⁵⁹), administrativamente (Reglamento del Consejo Escolar en Italia⁶⁰) y minoritariamente en decisiones judiciales internas que aplicaban el derecho local.

C) EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

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 derecho⁶¹.

D) LA RESTRICCIÓN O LIMITACIÓN DE DERECHOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

53 CEDH; caso “*Handyside c. Reino Unido*” (1976).

54 CEDH; caso “*Otto-Preminger-Institut c. Austria*” (1994).

55 CEDH; caso “*Leyla Sahim c. Turquía*” (2004).

56 CEDH; caso “*S. H. y otros c. Austria*” (2011).

57 CEDH; caso “*Chapin et Charpentier vs. Francia*” (2016).

58 CEDH; caso “*Paradiso y Campanelli c. Italia*” (2017).

59 CEDH; caso “*Osmanoglu c. Suiza*” (2017).

60 CEDH; caso “*Lautsi c. Italia*” (2011).

61 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

¿Qué poder constituido esta 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 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 N° 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 N° 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 espiritual 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.

III. 3. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA SENTENCIA *FORTEVECCHIA 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”⁶² que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” -2003-⁶³, “Espósito” -2004-⁶⁴, “Derecho” -2011⁶⁵-, “Carranza Latrubesse”

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

63 CSJN; Fallos: 326:2968.

64 CSJN; Fallos: 327:5668.

65 CSJN; Fallos: 334:1504.

-2013-⁶⁶, “Mohamed” -2015-⁶⁷, 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, nuestro Corte federal dictó sentencia el 14 de febrero de 2017⁶⁸, en la que se puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la causa Fontevecchia y Otros Vs. Argentina, donde habiendo declarado que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (Art. 13 CADH), dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”.⁶⁹

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 desestimo 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 Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en contravención de su propia estructura y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN). Entendió que la condena de la Corte Interamericana no podía cumplirse porque dicho tribunal regional de Derechos Humanos se

66 CSJN; Fallos: 336:1024.

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

68 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

69 Corte IDH, Fontevecchia y Otros vs. República Argentina.

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.⁷⁰ La Corte Suprema trata de

70 Laura Clérico, La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Derechos En Acción*, 7(7).; Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25; Arballo, Gustavo (2017): “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia”, en: <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>; Bovino, Alberto (2017): “Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal”, No hay derecho [Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>]; Gil Domínguez, Andrés (2017): “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, Revista La Ley (3/4/ 2017); Gullco, Hernán (2017): “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, Buenos Aires, Revista La Ley, (27/4/2017); Hitters, Juan Carlos (2017): “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (2/8/2017), p. 1; Saba, Roberto (2017): “No huir de los tratados”, Revista Pensar en Derecho, [fecha de consulta: 02/06/2018] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>]; Sacristán, Estela (2017): “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 (2017). “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en: Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M.; El control de convencionalidad, Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 281-370; Palacio de Caeiro, Silvia (2017): “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (8/3/2017). Parra Vera, Oscar (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 Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), La América de los Derechos, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 565-606. Pizzolo, Calogero (2017): ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta

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 IDH⁷¹.

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”⁷².

El desarrollo argumental que me interesa en este trabajo es la mención que efectúa en su considerando decimo 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 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;”Tau-

sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos en: Revista La Ley (23/2/2017), pp. 7-13; Rey, Sebastián (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 “Fontevicchia y D’Amico” en: Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires (2017-6), pp. 199-216; De Antoni, R. (2017). Duelo de Cortes: el caso “Fontevicchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana. *Derechos En Acción*, 5(5).

71 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

72 Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25.

tkus 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 CN).

En un meduloso trabajo Laura Clérico desarrolla la evolución del concepto *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*”⁷³

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 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.

En coincidencia con la lectura que del fallo realiza Diego A. Dolabjian, 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.⁷⁴

73 Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

74 Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 101.

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 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 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”.⁷⁵

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?

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 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.

IV. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL DESPUÉS DEL FALLO “ESCALANTE”

En el caso “Escalante” la Corte revisó el impacto de su propia doctrina construida a través del precedente “Fontevecchia II”⁷⁶ 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

75 Rosatti, Horacio D; “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 siguientes.

76 CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

discusión pública que dicho 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 que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política.⁷⁷

En particular me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “*margen de apreciación nacional*”, ya mencionado por la Corte en el caso *Fontevéccia 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 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 (Art. 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus habitantes.

IV.1. EL CASO “ESCALANTE” (12 DE AGOSTO DE 2022)

A) EL CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

77 Cabral, Pablo Octavio, “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, Revista Trayectorias Universitarias, Volumen IV, Número 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, p. 231-258.

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 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 condenatoria fue recurrida en sede provincial llegando por las vías procesales hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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 Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina” (Sentencia 15/05/2013), cuya doctrina fuera recogida luego por la Corte Suprema en autos “Arce, Diego Daniel s/ Homicidio Agravado” (Sentencia de fecha 5/08/2014).

El caso “*Mendoza y otros Vs. Argentina*”, en el que resultó condenada la República Argentina, declarando su responsabilidad internacional por violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 8.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 éstos sean tratados al igual que los adultos infractores.⁷⁸

Al analizar la procedencia de las medidas de reparación (Art. 63 de la C.A.D.H.) expresó la Corte que: “Con fundamento en las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente caso, particularmente, las relacionadas con la imposición de la prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza y la denegación del recurso de casación luego de que fueron condenados (*supra* párr. 256), la Corte dispone que el Estado deberá

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

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 (*supra* párrs. 240 a 261). 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.” (Párrafo 327).

Así, con base en tales fundamentos, en los puntos dispositivos de las medidas de reparación dispuso: “21. 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, en los términos de los párrafos 326 y 327 de la misma.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó esta pauta jurisprudencial al resolver la causa “Arce, Diego Daniel s/ Homicidio agravado”, en sentencia del 5 de agosto de 2014, donde el tribunal resolvió que corresponde 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 [art. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) en el caso análogo -»Caso Mendoza y otros«-, situación que se impone de modo indiscutible por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

B) 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”- declarando inadmisibile el recurso de revisión interpuesto por entender que el motivo esgrimido no se encontraba previsto entre las causales que habilitaban la vía respecto de sentencias pasadas en 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: 1) La propia Corte Suprema ya desestimó el recurso de queja interpuesto en su oportunidad por la defensa contra la confirmación de la sentencia condenatoria, circunstancias temporalmente posterior al dictado de la sentencia en la causa “Mendoza” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 2) Resulta aplicable al caso lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Fontevicchia II*, ya que se deriva de dicha doctrina que la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos alcanza únicamente a las sentencias dictadas por ese tribunal dentro del alcance de sus potestades remediales. Agregó que el tribunal interamericano no actúa como una cuarta instancia que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que resulta subsidiaria y complementaria de estas.

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 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 art. 280 del CPCyCN- 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).”

V. 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 Rosatti⁷⁹), el margen de apre-

79 El ministro Horacio Rosatti también viene proponiendo, tanto en su trabajo doctrinario (ver: Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad

ciación 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, 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 Constitucional⁸⁰. De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del derecho público que reviste carácter supra convencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar 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 aún 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 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 aceptable frente a las recomendaciones

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 siguientes) 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”).

80 En la referencia la Corte cita el considerando 5 del voto del juez Rosatti en la causa Fontevecchia 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.

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 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 magna⁸¹ –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial⁸²–, 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 Fontevecchia II, agregando yo que en el precedente 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 –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

81 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.

82 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.

reconocidos y protegidos en la referida Convención.

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 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.⁸³

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 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.⁸⁴

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 CN⁸⁵), 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. 27⁸⁶), y dispone

83 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 recopilación de los fallos se puede ver en Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93 y sgtes.

84 Ver Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93.

85 CN, Artículo 28.- “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

86 CADH; Artículo 27. “Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o

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 convención⁸⁷ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (Art. 30⁸⁸).

Es decir, siguiendo este razonamiento, que los beneficiados 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 es otro que el Estado en cabeza de sus poderes democráticamente elegidos.

La propia Constitución Nacional refuerza la idea que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es protegida por el sistema

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 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.”

87 Ver CADH, Preámbulo; Art. 15, Art. 16; Art. 22, Art. 29 y Art. 32.

88 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.”

republicano y democrático (Art. 33⁸⁹ y 37⁹⁰ 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.

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 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

89 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.

90 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.

fallo la versión original de *Fontevecchia 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”⁹¹.

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 problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la Corte Suprema (tanto “*Fontevecchia 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”⁹².

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,

91 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””, en La Ley del 3 de octubre de 2022.

92 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, p.228.

cuya conformación es claramente contra-mayoritaria y adolece de un déficit de origen en su legitimación democrática, quien reclama para sí una esfera de reserva soberana.

VI. LA CSJN FRENTE AL FEDERALISMO. EL MARGEN DE APRECIACIÓN PROVINCIAL O LOCAL

Habiendo ya desarrollado el concepto de *margen de apreciación nacional*, la doctrina y la postura minoritaria de uno de los magistrados integrantes de nuestro máximo tribunal federal han avanzado en el desarrollo de un concepto similar en el que –la cabeza del poder judicial nacional- pudiera evaluar la existencia de un justificativo para limitar derechos convencionales y constitucionales con fundamento en las particularidades históricas, culturales, geográficas, etc. de cada Estado provincial. Es una réplica a menor escala del esquema de funcionamiento del margen de apreciación nacional, pensada para oponer las particularidades de nuestro estado frente al sistema regional de protección de derechos humanos, aplicado en este caso en nuestro sistema federal para que lo local se reserve la facultad de limitar los derechos reconocidos en el ámbito nacional.

VI. 1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL.⁹³

A) CASO “CASTILLO, CARINA VIVIANA Y OTROS C/ PROVINCIA DE SALTA” (12/12/2017)

El primer caso relevante para estudiar la aplicación del margen de apreciación local, en el que la Corte analizó un caso en el que la limitación o afectación de un derecho humano fundamental por decisiones legislativas y administrativas de un Estado provincial fue el caso “Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta”. La doctrina aquí en análisis fue expuesta en el voto minoritario del Dr. Rosatti.

El caso dio inicio cuando un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles

93 Se destacan además de los casos analizados los siguientes precedentes: caso “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado-impugnación extraordinaria” (02/05/2019); caso “Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ Amparo” (12/11/2019); Caso “Caballero” (16/07/2020).

(ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta por considerar que sus autoridades y normativa constitucional y legal local imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales (incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa), discriminando y violando los derechos de los alumnos y familias que no profesan dicha creencia religiosa (derechos de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad)⁹⁴.

El voto de la mayoría reviste trascendencia por resolver el caso aplicando el principio de igualdad estructural receptado expresamente en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional reformada en 1994.⁹⁵Dijo:

94 Plantearon la inconstitucionalidad del art. 27, inc. n, de la ley provincial de educación 7546, en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. Peticionaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial- y 8º, inc. “m, de la referida ley 7546, que establecen, con una redacción idéntica, que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por su parte.

95 Considerando 18: “Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del arto 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del arto 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional... Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.”

“Que, en aplicación de este criterio, corresponde en primer término afirmar que el inciso ñ del arto 27 de la ley de educación provincial es en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica. También se advierte de las constancias de la causa que prima facie la aplicación de la norma ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios. Salvo, tal vez, respecto de la Iglesia Evangelista, ha quedado claro en la audiencia pública que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas; también se evidenció la falta de alternativas para los no creyentes.”

La Corte dio por probado que surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. Así, hizo lugar parcialmente a los planteos de los accionantes afirmo que la norma cuestionada (art. 27 de la Ley 7546), al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.

Como adelantamos, aquí me interesa analizar la postura del voto minoritario del Dr. Rosatti, quien para resolver utilizó el concepto de margen de apreciación local, particularmente en su considerando 18, que por su transcendencia transcribo sus párrafos centrales a continuación:

“18. Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art 5 de la Constitución Nacional que -como ha sido destacado con anterioridad asigna a las provincias el cometido irrenunciable de “asegurar la educación primaria”, permite concluir que la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un “margen de apreciación provincial” que no confronta con el citado art.

5 sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes.

En tal sentido, se ha sostenido que “la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus ‘principios, declaraciones y garantías’ y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos: 311:460).

Por ello, el “margen de apreciación provincial” en materia educativa permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros. En efecto, di versas constituciones provinciales argentinas han consagrado en sus textos la educación en materia cooperativista o mutualista. Así, en el marco de la estimulación de la conformación de empresas de economía social, basadas en los principios del bien común y en la gestión solidaria, la Constitución de Entre Ríos estable-

ce que el Estado “[d]ifundirá el pensamiento y la educación cooperativa ti vista, mutualista y asociativista” (art. 76). En un sentido similar, la Constitución de Río Negro prevé que “la Provincia incorpora dentro del currículo oficial y en los distintos niveles de enseñanza, la educación cooperativa, a través de acciones conjuntas de las autoridades educativas, los representantes del sector cooperativo y el órgano competente en la materia” (art. 103) y la Constitución de Santiago del Estero también incluye formación relativa a “cooperativismo y mutualismo” (art. 74)...

En síntesis, el estudio de las normas fundamentales provinciales de nuestro país permite verificar que en diversos casos se ha previsto la inclusión -en los planes de estudios- de contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia, aspecto característico del “margen de apreciación provincial” que es connatural al sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional.”

B) CASO “UNIÓN CÍVICA RADICAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y OTROS C/ESTADO DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ S/AMPARO” (11/12/2018)

La Unión Cívica Radical promovió acción de amparo contra la Provincia de Santa Cruz a fin de que se declare la nulidad absoluta e inconstitucionalidad de los arts. 30 y 40 de la ley local 3415 (modificatoria de la ley 2052), en cuanto establecen el sistema de lemas y sub-lemas para la elección de gobernador y vicegobernador. Asimismo, solicitó que se ordene a la demandada que se abstenga de aplicar tal régimen en los procesos electorales a realizarse en el futuro. Fundó su pretensión en que las normas cuestionadas resultan incompatibles, a su criterio, con el art. 114 de la Constitución provincial, en cuanto prescribe que “e/ Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios”. Agregó que los preceptos atacados también son violatorios de la Constitución Nacional, al ser contrarios al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 10 y 50) y la garantía de la igualdad del voto (art. 37).

En su voto Rosatti argumentó lo siguiente

9 °) Que el tratamiento del sistema electoral local no es unánime al interior de nuestro Estado federal, siendo dable verificar una diversidad de regímenes que expresa el “margen de apreciación local” que esta Corte ha reconocido en el precedente “Castillo”, fallado el 12 de diciembre de 2017 (Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, considerando 18).

C) CASO “ASOCIACIÓN CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS C/ DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS S/ ACCIÓN DE AMPARO” (23/08/2022)

Esta sentencia posiblemente sea el caso que -hasta el momento- sea en el que más se desarrolló –en el voto del Ministro Rosatti- la doctrina del margen de apreciación provincial o local. La asociación actora demandó a la provincia de Mendoza solicitando se declare la inconstitucionalidad de una resolución de la Dirección General de Escuela que dispuso la realización de actividades en los ámbitos escolares en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo” que desconocen y violan los derechos de las minorías religiosas o ateas del pueblo mendocino (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad).

El fallo fue dictado por los ministros Carlos Fernando Rosenkrantz; Juan Carlos Maqueda (opinión mayoritaria) y Horacio Daniel Rosatti (por su voto) y Ricardo Luis Lorenzetti (por su voto) y confirmó la decisión de la sentencia del máximo tribunal mendocino que rechazó la demanda por entender que la resolución de la Dirección General de Escuela no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora.

El fundamento de los votos de la mayoría, aun cuando resolvió en igual sentido que el del Dr. Rosatti, no se refirió ni fundó en la doctrina del margen de apreciación provincial, evaluó en concreto que las referidas celebraciones escolares carecen del alegado contenido religioso por lo que su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar.⁹⁶

96 CSJN; Dijo la mayoría al respecto: “Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido

Veamos cómo desarrolló la doctrina el ministro Rosatti en su voto, donde le dedicó los considerandos 16 a 19 de su voto:

16) Que tanto la norma impugnada (resolución 2616-DGE-2012), como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares, incluyen además de las dos celebraciones cuestionadas en autos, otras conmemoraciones con la previsión de la participación de la comunidad educativa...

17) Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

18) Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental. Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado

secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público” (Cons. 5)

histórico de los pueblos.

Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal, en el sentido en que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (conf. doctrina de Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

19) Que a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se violente a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34).”

VII. 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 por 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 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 *Fontev ecchia 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 el agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o 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?”⁹⁷

Esta pregunta tiene que ser repensada con el recorrido jurisprudencial de la Corte posterior a *Fontev ecchia II*, ya que los principios del derecho público del art. 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, inc. 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 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 que se avizora de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

97 Abramovich, Víctor, Ob. Cit.