

## RECENSIÓN

**DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (Dir.); DÍAZ SOLIMINE, Ignacio L. (Coord.), *El margen nacional de apreciación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, 304 pp.**

EMILIO ROSATTI<sup>1</sup>

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

Dicho esto, creemos que las discusiones relativas a la doctrina del margen de apreciación nacional –entendido, en términos básicos, como la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales–

1. Abogado (UNL), Especialista en Derecho Procesal Penal (UNL), profesor de Derecho Constitucional I y II en la FCJS de la UNL y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UCSF, miembro del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, autor de diversas obras y numerosos artículos. Correo electrónico: e\_rosatti@hotmail.com.

deben tener en cuenta, necesariamente, la jerarquía dada por cada Estado a los instrumentos internacionales y el sistema de control de constitucionalidad adoptado por estos.

*El margen nacional de apreciación* es una obra que recoge trabajos de profesionales, catedráticos e investigadores, demostrando todos ellos una vasta solidez en el tema que nos ocupa.

La principal característica del libro es, sin duda, la diversidad de aristas que se presentan sobre el margen de apreciación nacional, precedidas de un prólogo, a cargo de Alfonso Santiago, y de las palabras preliminares del director, Omar Díaz Solimine, que se unen perfectamente a la obra.

Los siguientes capítulos, en orden de aparición, se titulan: “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, “El control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad”, “El ‘ius cogens’: un ámbito prohibido para el margen de apreciación nacional”, “Precedentes vinculantes de la Corte IDH para los Estados”, “El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Restitución internacional de menores”, “La mirada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a las personas migrantes”, “El margen de apreciación nacional en materia ambiental”, “Jerarquía de una resolución de la Comisión Europea en el proceso judicial argentino”, “Hacia un plazo razonable de duración del proceso en causas civiles” y, finalmente, “Eficacia comparada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Así, se aborda el margen de apreciación desde su génesis y sus orígenes<sup>2</sup>, mencionando antecedentes y documentos en los que se apoyó para dar comienzo al camino que hoy presenciamos.

2. “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”

A su turno, se analiza el tema en el ámbito internacional, tanto europeo<sup>3</sup> como americano<sup>4</sup>. Se avanza sobre cuestiones fundamentales, tales como las desiguales realidades de los diferentes Estados y grupos de Estados y, sumado a ello, las distintas materias que, sin lugar a duda, forman parte del asunto que nos ocupa.

A la hora de tocar el tema central del margen de apreciación nacional, esto es, la jurisprudencia de tribunales internacionales<sup>5</sup>, puede concluirse que la obra reafirma no solo su compromiso con la profundidad de su abordaje, sino también por la virtuosa diversidad de aristas que toma.

Sobre este punto es necesario diferenciar dos situaciones posibles en torno a la aplicabilidad de la jurisprudencia de tribunales internacionales. Nos referimos, puntualmente, a un caso en que un Estado sea parte y a otro en que no lo sea. En el primer contexto hipotético, partimos del presupuesto de que el tribunal internacional haya entendido violatoria del orden convencional, por ejemplo, una norma del derecho interno. Para ello, suponemos que ha analizado los hechos del caso, el derecho positivo y el lugar que la Constitución Nacional le dio al derecho convencional.

En el segundo supuesto, es decir, el de un caso en que un Estado no sea parte es más delicado y aconsejamos por ello una posición más prudencial. La aplicación sin más de jurisprudencia internacional a todos los países parte de la convención –pero no del litigio en sí– puede tornarse peligrosa. Por ello, cuando un tribunal internacional entiende que una norma del derecho positivo de un país es violatoria del orden convencional, no podemos automática-

---

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

3. El tema es abordado por Ignacio L. Díaz Solimine, quien lo vincula con la Corte IDH, citando jurisprudencia y enseñándonos su muy bien lograda posición.

4. José Benito Fajre y Santiago Fajre nos introducen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. Gabriela Iturbide, Luciana Wechselblatt y Jonathan Brodsky; Luciano Varela; José María Salgado; Mirian Palmas; Leonardo Villafañe; Isabel Novosad; Santiago Villagran; Federico Vaschetto y el propio Díaz Solimine abordan la cuestión jurisprudencial.

mente aplicar ese estándar a otro país que no fue parte en el litigio. Esto funciona así por razones obvias. Cada Estado tiene sus propias normas y, al momento de merituar si hubo violación del orden convencional, habrá que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dicho de otro modo, los Estados tienen un margen para apreciar si la jurisprudencia internacional es aplicable en los casos es que es demandado<sup>6</sup>.

Al tratarse el tema en nuestro país, no solo se lo hace desde la clásica perspectiva del abordaje del ya célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fontevicchia*<sup>7</sup>, sino que –y no tememos ser reiterativos– la obra vuelve a mostrarnos su diversidad. Así, temas ambientales, económicos y procesales echan luz sobre esta cuestión que aún tiene sus sombras.

Sobre el particular agregaremos que conforme nuestra opinión no existe motivo para entender que las sentencias de los organismos internacionales integren –cuanto menos en nuestro país– el máximo peldaño normativo, esto es, el bloque de constitucionalidad<sup>8</sup>.

Ahora, sin perjuicio de la obligatoriedad –o no– de las decisiones de los tribunales supranacionales, aparece como insoslayable el nudo de la cuestión sobre el margen de apreciación nacional en nuestro país. Esto es: la fórmula “en las condiciones de su vigencia” inserta en el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, por la

6. En igual sentido se expresa Amaya en: Amaya, Jorge Alejandro, “Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *derechoydebate.com*.

7. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 14/2/2017, *Fallos*: 340:47.

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

Convención Constituyente de 1994; que hace referencia a la forma en que tienen jerarquía constitucional los Tratados de Derechos Humanos allí enumerados, sumados a los que luego se incorporaron y a los que en el futuro pudieran hacerlo.

Correspondería desentrañar entonces qué quiso decir el convencional constituyente cuando estableció que el orden jurídico constitucional argentino se abriría al Derecho Internacional en materia de derechos humanos con determinadas pautas, es decir, “en las condiciones de su vigencia”. Compartimos la visión de Horacio Rosatti, cuando sostiene que el término “en las condiciones de su vigencia” significa “tal y como eran recibidos por el orden jurídico interno, es decir, con alguna reserva o alguna declaración interpretativa, por ejemplo”. El referido autor agrega que en términos generales el problema no se da con el texto de las convenciones o de los tratados internacionales; el problema se da con “las interpretaciones de esos textos”. Rosatti concluye que “la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del Derecho Internacional, sino todo lo contrario”<sup>9</sup>.

De esta manera –y volvemos sobre el punto anterior–, parecería que se pudiera descartar de plano la teoría que asegura que los pronunciamientos del Sistema Interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Entendemos que la asamblea constituyente de 1994 no quiso decir que ingresa todo –y de cualquier manera–, sino que ingresa en las condiciones de su vigencia, esto es, tal y como el orden jurídico nacional dice que deben ingresar.

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

9. Conferencia de Horacio Rosatti en el 1<sup>er</sup>. Congreso Patagónico de Derechos Humanos y Constitución, Bariloche, 2/11/2018.

Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal en el ya citado fallo *Fontevicchia*<sup>10</sup> y, en el mismo sentido, se ha explicado, al decirse que “[l]a expresión en las condiciones de su vigencia significaría que la jerarquización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos es de acuerdo con la manera en que resultan formalmente válidos para la Argentina, es decir, considerando su entrada en vigor y las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de ellos. Desde esta perspectiva, por tanto, dicho enunciado no alcanzaría a la jurisprudencia y opiniones de órganos internacionales de interpretación y aplicación, pues estas remitirían más bien a condiciones de eficacia y no de vigencia; lo cual no implica desconocer que aquellas constituyen una importante guía para la aplicación de los TIDH, sino señalar que el texto del artículo 75, inciso 22 de la CN, en este punto, no impone en sí mismo el deber de su seguimiento”<sup>11</sup>.

Como hemos visto, el control de constitucionalidad y convencionalidad tiene peso propio en estos tiempos y la obra lo refleja de ese modo. Sin embargo –el control de constitucionalidad y convencionalidad–, no son mecanismos jurisdiccionales independientes. El primero está destinado a verificar la adecuación de las normas infraconstitucionales para con la Constitución Nacional y, además, la compatibilidad de todos los segmentos del orden jurídico nacional. El segundo tiene como misión identificar si una norma infraconstitucional o el accionar de un poder constituido resulta violatorio del orden convencional. A fin de cuentas, son herramientas de tutela que se integran.

En definitiva, entendemos que las riñas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no son disputas de

10. “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 realicen– 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” (considerando 5º, *Fallos*: 340:47).

11. Dolabjian, Diego A., *Derecho constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 397 y 398.

índole semántica, sino que, por el contrario, tienen como epicentro la jerarquía de las fuentes y la determinación del derecho aplicable.

No debe obviarse que, dentro de los temas abordados por los autores de la obra, aparecen el ambiental y el plazo razonable. Sin duda alguna, dos temas de suma importancia, cobrando el primero de ellos una destacada actualidad. Si bien no es nueva la cuestión ambiental, la situación global de la era que nos toca vivir lo hace fundamental. El compromiso de cada Estado con el resto del mundo en esta materia es fundamental.

Entendemos que, desde este punto de vista, el margen de apreciación nacional cobra una nueva dimensión, no ya para reservarse un ámbito de aplicación respecto de normas internacionales, sino para aumentar los estándares mínimos allí fijados. Es claro y lógico que cada país tiene realidades distintas en materia ambiental y, asimismo, lo que cada Estado haga –o, mejor dicho, no haga o no proteja– influirá en otros. Ante esta realidad, es difícil que el derecho pueda dar una cabal solución. El tema se vuelve apasionante, aunque al mismo tiempo preocupante.

Hablando de nuevas aristas –o dimensiones– nos permitimos avanzar un poco más e intentar marcar un margen de apreciación local, visto éste desde las provincias y la CABA hacia el gobierno federal –el ejemplo se ciñe en nuestro país, pero es perfectamente aplicable a otros países de tinte federal o confederal. Entendemos que el margen de apreciación local –ya no nacional– supone reconocer a las provincias argentinas y a la CABA un ámbito de apreciación para la aplicación de cierta normativa que pueda tener –en función del federalismo imperante– una percepción normativa parcialmente diferente.

Temas tales como los referentes a pueblos originarios, recursos naturales o incluso la religión deben (o deberían poder) ser tomados de manera diferente entre algunas provincias u otras y la CABA, permitiendo a esos distritos tener interpretaciones disímiles, tanto de normas nacionales como internacionales. El razonamiento es el mismo, pero no ya visto desde la esfera de un país y sus principios de derecho público hacia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino siempre desde la órbita interna del propio país. La característica esencial debe ser el sistema federal de gobierno que rijan el país en cuestión, pues de otro modo resultaría difícil encontrar una visión de

este tipo: local respecto de lo nacional. El caso argentino es un terreno fértil para desandar el camino de lo que llamamos “margen de apreciación local”.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que esta obra vio la luz en tiempos extraños –si se permite el término–; nos estamos refiriendo a la “emergencia”<sup>12</sup> global generada por la pandemia COVID-19, que –como tal– no fue prevista y genera un sinnúmero de recomendaciones, cobrando especial importancia las de la OMS en el plano internacional. En este sentido, los distintos Estados han adoptado diferentes medidas, que podemos resumir –y simplificar– como las que dieron prioridad a la economía –Estados más liberales– y las que prefirieron centrarse en cuidar la salud de sus habitantes, descuidando el sistema económico –Estados intervencionistas–, restringiendo estas últimas otros derechos como el de locomoción, por ejemplo<sup>13</sup>.

El margen de apreciación nacional ha permitido que los diferentes países tomen decisiones contrapuestas, en razón de que –conforme su ordenamiento interno– pudieron hacerlo como soberanos.

Como conclusión, celebramos la publicación de esta obra, no solo porque es un aporte más a una posición que nació solitaria y que, en estos tiempos va sumando adhesiones, sino porque –y no nos cansamos de repetirlo– aborda temas diversos, abriendo cada uno distintos caminos que tendremos que desandar para continuar el sendero de esta teoría.

12. Desde hace ya tiempo Bidart Campos hacía referencia a que la emergencia o las emergencias implican “la posibilidad de reforzar o aumentar las competencias del poder estatal, y posibilidad de limitar o restringir el ejercicio de los derechos”. Asimismo, afirmaba que “el constitucionalismo democrático no tolera emergencia permanente, ni las emergencias que, con exiguo intervalo, se renuevan y reproducen continuamente” (Bidart Campos, Germán, *La constitución que dura*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 235 y sigs.).

13. En rigor de verdad, diremos que creemos que esta fue una falsa dicotomía, pues hemos visto y estamos viendo –ya con el paso del tiempo– que aún los Estados que han optado por resguardar la economía a riesgo de mayores contagios –y muertes– no lo han logrado. Asimismo, también hemos vivenciado que aquellos que han querido priorizar el sistema de salud no han tenido un gran éxito.