

Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994

Antonela Ghisio y Silvina Junco†*

Resumen

La reforma constitucional del año 1994 supuso la constitucionalización de una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos, y la consecuente obligación del Estado de respetar esos derechos, adoptar medidas de acción positiva para su cumplimiento y la responsabilidad internacional por la violación de derechos no reparada.

Uno de los cambios fundamentales que trajo aparejado dicha reforma fue la jerarquización de todo el sistema interamericano que la Convención Americana de Derechos Humanos organiza a través de sus órganos protectores: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, los tribunales argentinos tienen una doble fuente normativa para realizar sus interpretaciones judiciales. En este sentido, nuestros tribunales deben congeniar sus decisiones con la interpretación emanada de tales órganos. Ello implicó la posibilidad de que tanto la Corte como la Comisión ejerzan un control sobre el cumplimiento de esas obligaciones.

Esta circunstancia produjo posturas contrapuestas en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la obligatoriedad de las resoluciones procedentes de los órganos internacionales. En este trabajo se repasará la interpretación que nuestro Máximo Tribunal ha realizado hasta el día de hoy sobre la aplicación del orden internacional de los derechos humanos instaurado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Palabras clave: derechos humanos – control de convencionalidad – decisiones judiciales – Corte Suprema.

Abstract

The constitutional reform of 1994 meant the constitutionalization of a set of international treaties and declarations of human rights, and the consequent obligation of the State to

* Abogada (UBA), Especialista en Derecho de Familia –tesis pendiente de entrega– (UCA).

† Abogada (UBA), Especialista en Derechos Humanos, Estado y Sociedad (ECAE).

respect those rights, adopt positive action measures for their fulfillment and international responsibility for the violation of rights not repaired.

One of the fundamental changes brought about by this reform was the hierarchy of the entire inter-american system that the American Convention on Human Rights organizes through its protective organs: the Commission and the Inter-American Court of Human Rights. In such way, the Argentine courts have a double normative source to carry out their judicial interpretations, having to match the national jurisprudence with the international one emanated from these organs. This implied the possibility that both the Court and the Commission exercise control over the fulfillment of these obligations.

This circumstance produced opposing positions in doctrine and jurisprudence, regarding the obligatory of the resolutions from the international organs. This paper will analyze the interpretation that our Supreme Court has done to date, regarding the application of the international human rights order established in the article 75 inc. 22 of the National Constitution.

Key words: human rights – conventionality control – judicial decisions –Supreme Court.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico argentino se encuentra organizado por el art. 31 del texto constitucional del año 1853, denominado “Constitución histórica”. Dicho texto establece que la Constitución Nacional (CN) se ubica en la cúspide de la pirámide normativa, y junto con los tratados, integran el concepto de “ley suprema de la Nación”. Sin embargo, la relación de jerarquía entre las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras fue un tema que ocupó gran parte de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En ese desarrollo jurisprudencial se fue delineando la prelación normativa entre el derecho interno y el derecho internacional.

En los precedentes *Merck*,¹ *Martin y Cía. Ltda.*² y *ESSO*³ se pueden observar las posiciones más concluyentes respecto de la posición dualista focalizada en el derecho interno - derecho internacional.⁴ En el primero de los precedentes mencionados nuestro Máximo Tribunal sostuvo que durante el estado de paz el orden interno se rige por las disposiciones constitucionales. Pero, cuando se penetra en el estado de guerra en causa propia, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría “dualista” y debe cumplir los tratados internacionales con el mayor rigorismo posible.⁵

En el caso *Martín Cía. Ltda.*, la Corte Suprema señaló que no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras por sobre las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogan a las anteriores (cons. 4, 6 y 8), criterio mantenido en el caso *ESSO* (cons. 11). La CSJN comenzó a dejar de lado esta posición en el precedente *Cabrera*,⁶ en el que sostuvo que las normas del derecho internacional aprobadas por el Poder Legislativo, debidamente ratificadas, se incorporan

¹CSJN, *Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional*, 09/06/1948, Fallos: 211:162.

²CSJN, *Martin y Cia. Ltda. S.A. c/ Administración Gral. de Puertos sobre Repetición de pago*, 06/11/1963, Fallos: 257:99.

³CSJN, *Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación*, 05/06/1968, Fallos: 271:7.

⁴Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional* (Buenos Aires: EUDEBA, 1998), p. 21.

⁵Esta tesis sostenida por Anzilotti –entre otros autores– plantea que el Derecho Internacional y el Derecho interno son sistemas jurídicos diferentes e independientes el uno del otro. Por tal motivo las normas internacionales no pueden influir sobre el carácter obligatorio de las normas internas [Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, 2da. Ed. (Buenos Aires: Heliasta, 1996), p. 115].

⁶CSJN, *Cabrera, Washington Julio Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 05/12/1983, Fallos: 305:2150.

como regla al derecho interno, siendo aplicables dentro del Estado cuando revisten el carácter de autoejecutorias o autosuficientes (cons. 11).

Finalmente, en 1992 a partir del *leading case Ekmedjian s/ Sofovich* se consolidó la postura anterior y se estableció que un tratado internacional constituye un “acto complejo federal”.⁷ En consecuencia, una ley del Congreso no puede derogar un tratado. Ello supondría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, encargado de conducir, exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores de la Nación [art. 86, inc. 14 CN; (cons. 17)]. Asimismo, se invocó que la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) alteró el ordenamiento jurídico argentino y asignó primacía al derecho internacional frente al propio derecho interno.⁸ El fundamento de dicha postura radica en el art. 27 que establece: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (cons. 18).

La Corte sentó su criterio de la siguiente manera: “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José” (cons. 21). Esta fue la línea jurisprudencial que se adoptó en *Fibraca*⁹ y *Cafés La Virginia*¹⁰ hasta la entrada en vigor del nuevo texto constitucional de 1994.

Según Loiano,¹¹ la reforma de 1994 produjo un cambio de paradigma. El derecho interno recibe el impacto del orden jurídico internacional que le impone accionar más allá de las decisiones de sus órganos constitucionales. A su vez, esto provoca el tránsito de la posición dualista a la monista.¹² La cláusula incorporada por el art. 75 inc. 22 de la CN

⁷ CSJN, *Ekmedjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s. Recurso de hecho*, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

⁸ La CVDT fue adoptada en 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados. Ratificada por Argentina en 1972 por ley 19.865. Entró en vigencia en 1980. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_doCSJN/convencion_viena.pdf

⁹ CSJN, *Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 07/07/1993, Fallos: 316:1669.

¹⁰ CSJN, *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)*, 13/10/1994, Fallos 317-3:1282.

¹¹ Adelina Loiano, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Paradigmas convencionales y adecuación de la ley civil”, *Revista de Derecho Público 2015-II: El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015), pp. 11-38.

¹² La posición monista, defendida por Kelsen, sostiene que el derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria, por cuanto deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él (Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, p. 116).

estipula nuevas pautas hermenéuticas en la aplicación del derecho interno. De este modo, se ha instituido un nuevo esquema en las relaciones entre el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema jurídico interno.¹³

En función de las premisas expuestas, el objetivo de este trabajo es examinar cuál ha sido la recepción de este nuevo esquema normativo por parte de nuestro Máximo Tribunal. Principalmente, en relación con las tensiones que pueden surgir entre la interpretación del texto constitucional y los instrumentos de derechos humanos constitucionalizados. A tal fin, se propone analizar los antecedentes de la reforma constitucional de 1994. A partir de ello, abordar la conformación del bloque de constitucionalidad federal, describir la organización del sistema interamericano de protección de derechos humanos y su impacto en el derecho interno. Por último, identificar la manera en que la CSJN ha receptado este sistema de protección de derechos humanos, con especial énfasis en el acatamiento de las normas que lo integran y en la interpretación que de ellas han realizado la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Nociones iniciales. El sistema de protección de derechos humanos

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) está conformado por el conjunto de normas sustantivas y procesales, los órganos y los mecanismos de denuncia. En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA),¹⁴ cumple la función de promover y proteger los derechos humanos universales en América. Los dos organismos fundamentales del SIDH son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –con sede en Washington, D.C., Estados Unidos de América– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –con sede en San José, Costa Rica–.

La conformación del SIDH tuvo como primer antecedente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del año 1948. Con posterioridad, en el año 1959 se creó la CIDH y fue incluida en la Carta de la OEA como órgano permanente en 1967.¹⁵

¹³Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y jurisprudencia*, p. 31.

¹⁴La OEA fue creada en 1948 con la suscripción de la Carta de la OEA en Bogotá, Colombia, que entró en vigencia en diciembre de 1951. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (cfr. art. 1 Carta OEA). Los principales pilares de la OEA son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

¹⁵Ángela E. Ledesma, "El hábeas corpus y el Sistema Interamericano", *Revista de Derecho Procesal 2000-4: Amparo. Habeas datas. Habeas corpus-I*, 1ra. ed. Revisada (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2000), p. 315-350.

Con el tiempo, la Comisión fue orientando sus esfuerzos para garantizar la democracia, el estado de derecho, y las garantías y libertades individuales en la región. A través de sus decisiones ha tenido un rol fundamental para mantener incólume la dignidad de las personas. A su vez, también tuvo un papel sustancial en la elaboración de la normativa que integra el *corpus iuris* interamericano.¹⁶ Particularmente, la CIDH propuso y sometió a consideración de los órganos de la OEA los proyectos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Protocolo de San Salvador y el Protocolo Adicional relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.¹⁷

Las funciones de la CIDH son la promoción y protección de los derechos humanos a través del examen de casos o situaciones de violación de tales derechos. Asimismo, realiza observaciones *in loco*, prepara y publica informes y actúa en todos los casos ante la Corte IDH (art. 41 CADH). La CIDH busca una solución amistosa (art. 48 inc. 1 f, CADH) y, si no la alcanza, debe redactar un informe y transmitirlo a las partes, si lo considera apropiado (art. 50 CADH). Posteriormente, está obligada a optar entre someter el caso a la Corte o preparar y publicar el informe final. Este sistema reconoce como regla general el derecho pleno del individuo a denunciar violaciones de derechos humanos, aun sin alegar la condición de víctima (arts. 44 y 45 CADH).

Por su parte, la Corte IDH es una institución judicial autónoma del SIDH, creada por la CADH. Su objetivo es la aplicación e interpretación de esa Convención (art. 1 Estatuto de la Corte IDH). La CADH le atribuyó competencia consultiva y contenciosa. La competencia

¹⁶ El *corpus iuris* del SIDH comprende adicionalmente otros instrumentos normativos que constituyen la base jurídica de la CIDH y la Corte IDH: Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores [Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (San José de Costa Rica: IIDH, 2015), p. 35].

¹⁷ Ricardo D. Monterisi, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencias", *Revista de Derecho Procesal 2015-1: jurisdicción y competencia- II*, 1ra. ed. Revisada (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015), pp. 425-454 y Edmundo Vargas Carreño, "Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: observaciones 'in loco', informes sobre situaciones de derechos humanos", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed. (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003), p. 508.

contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 CADH y le permite decidir en los casos en que los Estados Partes hayan reconocido dicha competencia. En definitiva, su decisión es obligatoria, conforme al art. 68 CADH, en todos los casos en que el Estado sea parte en el litigio.

Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención. La Corte, a pedido de un Estado parte, realiza la interpretación de la CADH o de otros tratados sobre derechos humanos y opina acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Cabe señalar que la Argentina es Estado parte en la CADH desde el 5 de septiembre de 1984. También, en esa misma fecha, reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH.

III. La reforma constitucional de 1994

En octubre de 1993, por medio del decreto 2181/93, el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una consulta popular, voluntaria y no vinculante, para que los ciudadanos expresaran su opinión con respecto a la necesidad de la modificación de la CN. Sin embargo, antes de concretarse esa consulta, el 14 de noviembre de 1993, los representantes de los dos partidos mayoritarios del país (Menem por el justicialismo y Alfonsín por el radicalismo) suscribieron el llamado "Pacto de Olivos". En dicho acuerdo, se acordaron las bases de la convocatoria a la reforma de la Constitución. Luego, a través de la Ley N° 24.309, se formalizó la declaración de la necesidad de la reforma parcial de la Constitución (art. 1). En esta norma se reprodujeron los aspectos esenciales de los acuerdos alcanzados, bajo la denominación "núcleo de coincidencias básicas".¹⁸ Se trataba de trece puntos de carácter indivisible y hermético sobre los que versaría la reforma. Por un lado, se prohibió introducir reformas en los treinta y cinco primeros artículos de la Constitución, y por otro, se dispuso que el núcleo de trece puntos debía votarse en bloque por la afirmativa o la negativa ("cláusula cerrojo").¹⁹

Asimismo, se habilitó el tratamiento del instituto para la integración y jerarquización de los tratados internacionales mediante incisos nuevos al artículo 67 de la CN (art. 3). Dicha cuestión implicó un fenómeno particular dado que incorporaba al texto constitucional una

¹⁸ Néstor P Sagüés, *Manual de derecho constitucional* (Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007), p. 140.

¹⁹ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada*, T. I (Buenos Aires: Ediar, 2005), pp. 383-384.

serie de tratados sobre derechos humanos cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de las personas.²⁰

De esta forma, tal como sostiene Hitters,²¹ al consagrar la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos, la Convención Constituyente tuvo por objeto dignificar a la persona y ampliar su abanico de derechos. En efecto, la incorporación del art. 75 inc. 22 junto con el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías” en la nueva CN ha producido una verdadera actualización ideológica de la Ley Suprema, respetuosa de los derechos humanos y más atenta al derecho internacional.

IV. El Bloque de Constitucionalidad Federal

Tras la reforma constitucional de 1994, se establece una pauta general y expresa de interpretación normativa. Así, el art. 75 inc. 22 confiere jerarquía constitucional a dos declaraciones y diez tratados sobre derechos humanos²² y prescribe que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.²³ Además, admite la jerarquización de otros tratados de derechos humanos a través de un procedimiento legislativo con mayorías calificadas.

Para Bidart Campos, este nuevo esquema normativo conforma el “bloque de constitucionalidad federal” (BCF), que está conformado por la constitución formal y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que integran el art. 75 inc. 22.²⁴ Esta denominación (BCF) surge en Francia a partir de la Decisión Constitucional 70/39 del año 1970. Luego, es replicada en 1982 por el Tribunal Constitucional Español y en 1990

²⁰ Ver Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 29.

²¹ Juan C. Hitters et al., “Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, *El Derecho* (1994): p. 1079.

²² Los cuales son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

²³ Adelina Loianno, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. ...”, p. 11-38.

²⁴ Néstor P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, p. 82.

por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.²⁵ La jurisprudencia de la CSJN acogió esta denominación en los precedentes *González de Delgado*²⁶ y *Verbitsky*²⁷.

De esta forma, como señala Amaya, el principio de supremacía constitucional en la Argentina tiene en su cúspide una doble fuente: la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional tanto originaria como derivada.²⁸ Es decir, incluye aquellas declaraciones y tratados cuya jerarquía constitucional fue conferida por el art. 75 inc. 22 y los que posteriormente sean jerarquizados a dicho rango por el procedimiento legislativo establecido a tal fin. Actualmente, han obtenido esta categoría la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por Ley N° 24.820 de 1997, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por Ley N° 25.778 de 2003 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por Ley N° 27.044 de 2014.

Autores como Herrera sostienen que las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte IDH integran el BCF.²⁹ Ello con fundamento en el reconocimiento de la competencia de los órganos creados por los instrumentos de derechos humanos y por lo dispuesto en el art. 27 de la CVDT. En efecto, el incumplimiento de la normativa internacional, conforme la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH, genera la correspondiente responsabilidad en el ámbito internacional.

En este sentido, García Ramírez explica que los criterios establecidos por la Corte IDH al interpretar la CADH –tanto en su función contenciosa como consultiva– son vinculantes para los Estados partes en la Convención.³⁰ Ello en virtud de que los Estados han acogido el instrumento soberanamente, lo que implica asumir los deberes que asigna, afrontar los derechos personales que reconoce, y aceptar que la Corte IDH es el órgano judicial llamado para interpretar las disposiciones convencionales. Según el autor citado precedentemente, existe una eficacia *erga omnes* de las sentencias y las opiniones consultivas, aunque solo

²⁵Pablo L. Manili, *Manual de Derechos Humanos* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La ley, 2017), p. 352.

²⁶ CSJN, *González de Delgado, Cristina y otros s/Universidad Nacional de Córdoba*, 19/09/2000, Fallos: 323:2659.

²⁷ CSJN, *Verbitsky Horacio s/habeas corpus colectivo correctivo*, 05/06/2015, Fallos 328:1146.

²⁸ Jorge A. Amaya, *Control de constitucionalidad*, 2da. ed. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015), p. 356.

²⁹ Marisa Herrera, *Manual de Derecho de la Familias*, 2a. ed. (Ciudad de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019), p. 3.

³⁰Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, no. 28 (2011): p. 224

aplica a la interpretación de normas y fijación de sentido a las disposiciones convencionales. Por el contrario, no aplica respecto de los extremos específicos del caso sobre el que se hizo la interpretación (hechos y condenas puntuales), que solo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio.

Hitters, por su parte, señala que el acatamiento amplio de las sentencias de la Corte IDH no surge de la norma de la CADH, por lo que sus fallos no originarían una “doctrina legal” de aplicación obligatoria para los Estados.³¹ Sin embargo, resalta el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31 de la CVDT, que dispone la obligación de los Estados de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales. Entiende que resulta preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados del derecho internacional de derechos humanos, de los que surge una obligatoriedad moral de acatamiento.

En este nuevo orden planteado por el art. 75 inc. 22 de la CN, toda la normativa que se encuentra por debajo del BCF es derecho infraconstitucional. El derecho internacional tiene prioridad sobre el derecho interno. Esto impone la obligación al Estado de implementar, de manera similar al control judicial de constitucionalidad difuso, el control de convencionalidad, para cotejar y compatibilizar de manera armoniosa las normas de derecho interno y los instrumentos de derechos humanos.³²

V. Control de convencionalidad

Señala Loianno que no es posible hablar del control de convencionalidad, sino a partir del *leading case* de la Corte norteamericana de 1803: *Marbury vs. Madison*.³³ En dicho precedente se desarrollaron las primeras bases jurisprudenciales de la competencia judicial para evaluar la compatibilidad de disposiciones normativas con respecto a instrumentos legales de jerarquía superior. Esta fue la primera ocasión en la que el poder judicial afirma

³¹Juan C. Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 10 (2008): p. 147.

³²Adelina Loianno, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...”, pp. 11-38.

³³Adelina Loianno, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...”, pp. 11-38.

de manera clara la supremacía de la Constitución frente a una ley y determina su inaplicabilidad por ser inconstitucional.³⁴

De los postulados de esta sentencia se desprende que cualquier juez que se enfrente a una norma inconstitucional no debe aplicarla. Así, se establecieron las bases del denominado control difuso de constitucionalidad. Este refiere a la facultad de los jueces de verificar la constitucionalidad de las leyes, al momento de determinar cuál es el derecho aplicable al caso.³⁵

Esta doctrina fue receptada por nuestra CSJN en los casos *Sojo*³⁶ y *Elortondo*,³⁷ en los que proclamó la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de las leyes con la Constitución e invalidar aquellas que pudieran estar en conflicto con su texto. La Corte señaló que es un deber elemental de los tribunales de justicia examinar las leyes en los casos concretos. El juez debe analizar las leyes a partir del texto constitucional para verificar que guarden conformidad con este, y abstenerse de aplicarlas si encuentran contradicciones.

En palabras de Bianchi, el control de convencionalidad es a la Convención Americana lo que el control de constitucionalidad es a la Constitución.³⁸ Ello consiste en verificar la adecuación de un acto o norma de derecho interno –aplicados en casos concretos– a la CADH y a los estándares interpretativos fijados por la Corte IDH.³⁹ La jurisprudencia de la Corte IDH define al control de convencionalidad como la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de

³⁴En un contexto político-social polarizado, asume la presidencia Jefferson y Madison es designado Secretario de Estado. Marbury había sido nombrado días antes por el saliente presidente como juez de paz, restando la certificación de su nombramiento. Madison se niega a entregar el nombramiento. Marbury pidió una orden de *mandamus* para que se obligue al gobierno a efectuar el nombramiento fundado en una disposición de la ley orgánica del poder judicial. El juez de la Suprema Corte Marshall resuelve que, si bien asistía un derecho a Marbury, la ley que habilitaba a la Corte a resolver un *mandamus* contrariaba las disposiciones de la Constitución. La *Judiciary Act* que habilitaba a la Corte a conocer ciertos *mandamus* en competencia originaria resultaba inconstitucional, pues la Constitución establecía la competencia de la Corte sólo por apelación.

³⁵Miguel Carbonell, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5 (2006): pp. 289-300.

³⁶CSJN, *Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación*, 22/09/1887, Fallos: 32:120.

³⁷CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo*, 31/10/1984, Fallos: 32:162.

³⁸Alberto Bianchi, “Algunos aspectos del control de constitucionalidad (a 20 años de la reforma constitucional)”, *La Ley* 2014-E (2014): p. 1053.

³⁹Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014), p. 289.

la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH y su jurisprudencia.⁴⁰

La noción de control de convencionalidad encuentra su punto de partida en la regla internacional que impide a un Estado alegar normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Tal prescripción se encuentra inserta en el art. 27 de la CVDT que, sumado a los principios básicos de buena fe y *pacta sunt servanda* (arts. 31 y 26, CVDT), importan carácter de *ius cogens*.

Entonces, a partir de la conformación del *corpus iuris* de protección de los derechos humanos en el ámbito del SIDH, los Estados se obligaron a respetar y garantizar esos derechos y a adoptar medidas de acción positiva para cumplir con esos compromisos internacionales. De esta manera, los Estados partes ya no podrán invocar su soberanía para incumplir esas obligaciones. Por el contrario, deberán adaptar las decisiones judiciales, legislativas y administrativas dispensadas en los escenarios locales a los precedentes de la CIDH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.⁴¹

Tal como observan Loianno,⁴² Hitters⁴³ y Amaya,⁴⁴ el control de convencionalidad es una noción elaborada progresivamente por la Corte IDH a través de sus pronunciamientos. La primera referencia expresa fue en el voto razonado por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*. Allí el magistrado sostuvo que:

[n]o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

⁴⁰ OEA, "Control de convencionalidad. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7", 2015, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁴¹ Alberto Bianchi, "Algunos aspectos del control de constitucionalidad...", p. 294.

⁴² Adelina Loianno, "La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...", pp. 11-38.

⁴³ Juan C. Hitters, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales* 7, no. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile (2009):pp. 109-128

⁴⁴ Jorge A. Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 364.

Con posterioridad, en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*⁴⁵ y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*,⁴⁶ la Corte IDH precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *ex officio* el control, tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este instrumento ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH.

En el precedente *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió dicha obligación a los órganos vinculados a la administración de justicia.⁴⁷ Un año después, en el caso *Gelman*, la Corte IDH extendió la obligación de ejercer el control de convencionalidad a toda “autoridad pública”.⁴⁸ De esta manera, señaló que el derecho internacional de los derechos humanos es un límite a las decisiones de las mayorías en un sistema democrático.

De lo expuesto anteriormente, se puede extraer como primera conclusión que el “control de convencionalidad” es un concepto que ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH. El mencionado control supone una obligación que recae sobre los Estados de ejercer un análisis de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional. Por último, su objetivo se orienta a darle efecto útil a las normas de la CADH en los casos concretos. Este control no solo debe ser ejercido por los operadores de justicia, sino que constituye una obligación *ex officio* que corresponde a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles e, incluso, a toda autoridad pública.⁴⁹

En ese sentido, el jurista García Ramírez distingue dos tipos de controles de convencionalidad.⁵⁰ Por una parte, el propio u originario que recae en el tribunal supranacional llamado a dirimir la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales. Dicho control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH. Por otra

⁴⁵Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

⁴⁶Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

⁴⁷Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

⁴⁸Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, p. 239.

⁴⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (San José de Costa Rica: IIDH, 2015), p. 7.

⁵⁰Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", p. 213.

parte, el control interno de convencionalidad, que se refiere a la potestad conferida o reconocida a los demás órganos jurisdiccionales para verificar la congruencia entre actos internos (constituciones, leyes, reglamentos, etc.) con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

VI. La interpretación de la Corte Suprema con respecto a las decisiones emitidas por los órganos interamericanos

En este apartado se analizará una selección de fallos emitidos por la CSJN con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. Los ejes de estudio versarán sobre la primacía que la Corte otorga al derecho internacional de los derechos humanos. Principalmente, se desarrollará la posición adoptada por nuestra Corte en relación con las decisiones emitidas por la Corte IDH y la CIDH.

A. Permeabilidad del sistema constitucional al sistema internacional de derechos humanos

Pinto destaca que la CSJN de los años 90⁵¹ se involucró particularmente en la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado.⁵² Alineada en una época en la que imperaba el derecho internacional de derechos humanos, la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado incidió particularmente en sus resoluciones. De este modo, la CSJN de los años 90 asumió un rol fundamental en la adecuación de las conductas del Estado a los requerimientos internacionales.

El primer precedente relevante en este sentido fue el caso *Girolodi*.⁵³ Luego de la condena en primera instancia, la defensa de Girolodi interpuso recurso de casación con fundamento en

⁵¹ La ley 23.774 aumentó a nueve el número de miembros del Alto Tribunal (1990) que bajo la presidencia de Menem se integró con Eduardo Moliné O'Connor, Julio C. Oyhanarte, Julio Nazareno; Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra y Ricardo Levene, más los jueces que ya estaban en función: Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi y Augusto C. Belluscio. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/listado-historico-de-ministros>

⁵² Mónica Pinto, "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, comps. Víctor Abramovich, Christian Courtis y Alberto Bovino (Buenos Aires: Ed. Del Puerto), p. 123.

⁵³ CSJN, *Girolodi, Horacio D. y otro. Sobre Recurso de hecho*, 07/04/1995, Fallos 318:514.

la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 del Código Procesal Penal,⁵⁴ por contrariar el derecho a la doble instancia consagrado por el art. 8.2 de la CADH. Rechazado el recurso por la Cámara de Casación, llegó en queja al Tribunal Supremo. Allí la CSJN⁵⁵ revirtió la doctrina mantenida desde 1988 con el fallo *Jáuregui*,⁵⁶ en el cual había sostenido que el requisito de la doble instancia se encontraba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario. En concreto, en *Giroldi*, el Tribunal cuestionó esta vía como garantía suficiente para satisfacer el requisito previsto por la CADH del derecho a revisión de un fallo condenatorio penal.

La Corte Suprema realizó un control de convencionalidad respecto de la CADH y sostuvo que la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” se refiere al modo en que los tratados rigen en el orden internacional. Una interpretación de este estilo implica considerar particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por la Corte IDH, que es el órgano competente para su interpretación y aplicación. Dicha jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (cons. 11).

Así las cosas, a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes de gobierno federal, le corresponde aplicar, en el ámbito de su jurisdicción, los tratados internacionales a los que el país está vinculado. En caso de no hacerlo, podría incurrir en responsabilidad internacional del Estado frente a la comunidad internacional (cons. 12).

La CSJN determinó así la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, el alcance de sus normas y los tribunales competentes para su aplicación e interpretación. Además, mencionó que la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH por parte del Estado argentino conlleva el riesgo de responsabilidad internacional en caso de no haber una adecuación de la conducta del Estado con respecto a las normas convencionales.⁵⁷

En los casos *Monges*⁵⁸ y *Chocobar*,⁵⁹ la Corte analizó el alcance de la frase “[los tratados] no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben

⁵⁴ Art. 459 CPP: “El imputado o su defensor podrán recurrir: ... 2º) De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación...”.

⁵⁵ Conformada por los jueces: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi y Antonio Boggiano.

⁵⁶ CSJN, *Jáuregui, Luciano Adolfo s/ plantea excepciones previas*, J. 60. XXI. 15/03/1988, Fallos: 311:274.

⁵⁷ Mónica Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control...”, p. 130.

⁵⁸ CSJN, *Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires / resol. 2314/95 s/ Recurso de hecho*, 26/12/1996, Fallos: 319:3148.

⁵⁹ CSJN, *Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*, 27/12/1996, Fallos: 319:3241.

entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos” contenida en el art. 75 inc. 22 de la CN.⁶⁰

El Tribunal adopta como doctrina la tesis de la complementariedad al sostener que dicha afirmación indica el juicio de comprobación que han efectuado los constituyentes, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna. Para la Corte Suprema, reconocer un potencial conflicto entre normas de igual rango sería un contrasentido, debiendo interpretarse que las cláusulas constitucionales y convencionales son complementarias y no pueden desplazarse ni destruirse recíprocamente.⁶¹

El valor de estos pronunciamientos está dado porque no derivan de una condena que recibiera el Estado argentino, sino que suponen una apertura de nuestro Máximo Tribunal al sistema regional de protección de derechos humanos y, en consecuencia, al control de convencionalidad. En otras palabras, la CSJN interpretó que las decisiones de la Corte IDH deben ser consideradas y ponderadas por ser este el órgano competente para interpretar y aplicar la CADH, pero no constituyen reglas absolutas, sino guías de interpretación.

Esta posición constituyó un avance con respecto al control de convencionalidad al establecer pautas sobre la obligación de aplicar no solo las convenciones de las que el Estado es parte, sino también las interpretaciones de sus normas que llevan a cabo los órganos interamericanos.

B. Vinculatoriedad de las recomendaciones de la CIDH

Tiene dicho la Corte IDH que un Estado, si suscribió y ratificó un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la CIDH, que es, además, uno de los órganos principales de la OEA.⁶²

No obstante, la jurisprudencia de la CSJN no ha sido pacífica en relación a la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH. En el precedente *Bramajo*, la Corte federal debió resolver si el plazo de prisión preventiva establecido en el art. 1 de la Ley N°

⁶⁰ Conformada por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Enrique S. Petracchi (en disidencia), Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo Bossert (en disidencia) y Adolfo Vázquez.

⁶¹ Fallos: 319:3148 (cons. 20-22) y Fallos: 319:3241 (cons. 12-13).

⁶² Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia, 17/9/1997, serie C, n° 33, cons. 80.

24.390 era un plazo razonable en los términos del art. 7.5 CADH.⁶³ El Tribunal reiteró el criterio sentado en *Giroldi*, en cuanto a que la jerarquía constitucional de la CADH fue establecida “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°).⁶⁴ Es decir, tal como rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes. Por consiguiente, dicha interpretación se extiende a la opinión de la CIDH. Esta debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (cons. 8).

Sin embargo, en 1998 la Corte se aparta de esta postura en el precedente *Acosta*.⁶⁵ El caso se inicia en virtud del ataque perpetrado en 1989 en los cuarteles de La Tablada. Después de que la condena quedó firme, dos de los condenados presentaron una petición ante la CIDH. Esta instancia internacional consideró al Estado argentino responsable por las violaciones a los derechos a la vida, integridad personal, posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior y derecho a un recurso sencillo y efectivo. Por esas razones, recomendó al Estado argentino que adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares por el daño sufrido. A pesar de ello, vencido el plazo, el Estado argentino no dio respuesta.

Ya una vez sometido el caso a la CSJN, esta sostuvo que, si bien el Estado argentino debe realizar sus mejores esfuerzos para el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial (cons. 13).

El Máximo Tribunal falló en igual sentido en el precedente *Felicetti*,⁶⁶ en el que analizó el alcance de la recomendación de la CIDH, relacionada con la petición de los condenados en el ataque al Regimiento La Tablada. El voto de la ajustada mayoría señaló que las “recomendaciones” que emite la CIDH son dirigidas a los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes

⁶³CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación – causa n° 44.891*, 12/09/1996, Fallos: 319:1840, cons. 8.

⁶⁴ El Máximo Tribunal estaba integrado en ese momento por los jueces Julio S. Nazareno; Eduardo Moliné O'Connor; Carlos S. Fayt (en disidencia); Augusto C. Belluscio (en disidencia); Antonio Boggiano; Guillermo A. F. López; Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez.

⁶⁵CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus*, 22/12/1998, Fallos: 321:3555.

⁶⁶ CSJN, *Felicetti, Roberto y otros*, 21/12/2000.

internas y de sus preceptos constitucionales (cons. 14). Los magistrados resaltaron que el texto de la recomendación formulada por la CIDH al Estado argentino solo tendría efecto en lo “sucesivo”, por lo que no podría aplicarse retroactivamente a un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada (cons. 7).

En 2013, con una nueva composición,⁶⁷ la Corte revirtió el criterio de los precedentes antes mencionados. En el caso *Carranza Latrubesse*,⁶⁸ resolvió que las recomendaciones emitidas en los términos del art. 51 CADH tienen carácter vinculante y obligatorio. Allí, se discutió la responsabilidad civil del Estado Nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH.

En 1976, mediante un decreto del Poder Ejecutivo de facto de la provincia de Chubut, se había removido Gustavo Carranza Latrubesse de su cargo de juez. En 1984, el magistrado instó una acción ante el Superior Tribunal provincial y reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales. El mencionado órgano declaró la cuestión “no justiciable”. Agotados los recursos internos, el actor presentó una petición ante la CIDH contra el Estado argentino en la que invocaba la vulneración de los arts. 8 y 25, en relación con el art. 1.1. de la CADH.

Con respecto al fallo de la CSJN, el voto de la mayoría –compuesto por Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Maqueda– señaló que debía conferirse valor vinculante a las mentadas recomendaciones. En cambio, fallaron en disidencia los magistrados Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Los dos primeros sostuvieron que de acuerdo con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, el término “recomendaciones” usado por la CADH debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en la CVDT. En virtud de ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Por su parte, la jueza Argibay sostuvo que el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación emitida por la CIDH, pretendido por la parte

⁶⁷ Esta nueva Corte fue conformada durante el gobierno de Néstor Kirchner, quien designó a Ricardo Luis Lorenzetti; Eugenio R. Zaffaroni; Elena I. Highton de Nolasco; y Carmen Argibay. Juan Carlos Maqueda fue designado en 2002, durante la presidencia de Eduardo L. Duhalde. Los jueces Enrique S. Petracchi y Carlos S. Fayt ya integraban la Corte desde 1983.

⁶⁸ CSJN, *Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV*”, 6/8/2013.

actora, se apartaba del sistema de resolución de controversias creado por la CADH (cons. 15).

De lo expuesto se advierte que la cuestión de la naturaleza de las recomendaciones que formula la CIDH, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 51.2 CADH, ha suscitado interpretaciones disímiles en las decisiones de la CSJN. Así las cosas, si bien en el precedente más reciente la mayoría convalidó su obligatoriedad, no existe una línea jurisprudencial uniforme en la materia.

En este sentido, autores como Hitters,⁶⁹ Albanese y Bidart Campos⁷⁰ sostienen que las opiniones y decisiones de los órganos interamericanos tienen efecto vinculante para los jueces del derecho interno. Arriban a esta conclusión con fundamento en que la reserva de un Estado de interpretar las recomendaciones de la CIDH para aplicarlas a su ámbito doméstico desvirtuaría el sistema internacional de derechos humanos al que se ha afiliado. En otros términos, el acatamiento de la Argentina a la jurisdicción de la CIDH y la Corte IDH perdería el sentido que asigna la buena fe en las relaciones internacionales si los informes de la Comisión, en vez de resultar obligatorios, quedarán librados a merced y discreción de las autoridades.

En *Carranza Latrubesse*, con una ajustada mayoría, la CSJN hace un efectivo control de convencionalidad desde la orientación destacada por la Corte IDH en *Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados del Congreso*.⁷¹ En ese marco, sostuvo que el término “*debe*” al que alude el art. 51 CADH confiere a las recomendaciones un inequívoco significado obligacional puesto en cabeza del Estado. Asimismo, destacó que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es la protección de los derechos fundamentales, por lo que el principio *pro personae*, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos reconozca al ser humano, representa un plano interpretativo esencial en el derecho

⁶⁹Juan C. Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, p. 147.

⁷⁰ Germán Bidart Campos y Susana Albanese, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42332-valor-recomendaciones-comision-interamericana-derechos-humanos>

⁷¹ Susana Albanese. “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana. 1994-2014”, *Pensar en Derecho*, no. 5, año 3 (2014): p. 121

internacional de los derechos humanos.⁷² Este criterio resulta valioso pues coadyuva a brindar efecto útil al sistema de protección internacional.

C. El acatamiento de las decisiones de la Corte IDH por la Corte Suprema en los casos en que se declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino

En 1972, en el marco de una serie de allanamientos en las oficinas del grupo empresarial de José María Cantos por una presunta infracción a la ley de sellos, al allanado le secuestraron documentación contable, títulos y valores que le ocasionan un grave perjuicio económico. Ante tales sucesos, Cantos emprendió distintas acciones judiciales.

Finalmente, en 1996, la CSJN resuelve rechazar su demanda y le ordena pagar las costas del proceso. En 2002, la Corte IDH declara la responsabilidad del Estado argentino por vulnerar el derecho al acceso a la justicia de Cantos, en virtud de la imposición de montos excesivos y desproporcionados en concepto de tasa de justicia y honorarios. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo rechazó la reparación ordenada por la Corte IDH.⁷³ En este sentido, entendió que, de ejecutar la decisión del órgano supranacional, se vulneraría el derecho a la propiedad de los profesionales beneficiarios de esos créditos que no habían intervenido en el litigio internacional (cons. 4). Asimismo, interpretó que revisar su propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada implicaría una abdicación al rol de intérprete final de la Constitución que tiene la Corte Suprema.⁷⁴

Este criterio restrictivo fue dejado de lado por la CSJN en 2004, cuando trató, en el caso *Espósito*, el alcance del deber de sancionar y castigar penalmente violaciones a delitos graves comunes.⁷⁵ En abril de 1991, la Policía Federal Argentina practicó una detención masiva en el estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, donde se realizaba un concierto. Walter Bulacio, de diecisiete años, fue detenido y trasladado junto con otras setenta personas a la Comisaría 35 a cargo del Comisario Espósito. No se labraron actuaciones ni se promovió la

⁷² Susana Albanese, “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana. 1994-2014”, p. 127.

⁷³ Corte IDH, *Cantos Vs. Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28/11/2002, Serie C, No. 97.

⁷⁴ CSJN, *Procurador del Tesoro de la Nación s/ presentación*, Resolución 1404/2003, Expte. 1307/2003-Adm. Gral., 21/08/2003.

⁷⁵ CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David*, 23/12/2004, Fallos: 327:5668.

consulta a ningún tribunal. Posteriormente, la mayoría de los detenidos fueron liberados sin apertura de causa penal en su contra y desconociendo los motivos de su detención, pero Walter Bulacio no recuperó su libertad. A la mañana siguiente salió de la comisaría en ambulancia con lesiones graves en su cabeza y a la semana falleció. Los médicos efectuaron la denuncia penal y, de esta manera, comenzó el proceso para esclarecer su muerte.

Luego de un extenso derrotero judicial, en 1997 los familiares de Bulacio interpusieron una denuncia ante la CIDH por la demora en el proceso judicial y privación de justicia. En octubre del 2000, la CIDH aprobó el Informe de Fondo N° 72/00,⁷⁶ en el que concluyó que el Estado argentino había violado el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a las garantías judiciales, a la protección del niño y a la protección judicial de Bulacio y, por consiguiente, encomendó que el Estado adoptara las medidas necesarias para que su muerte no quedara impune. A pesar de esto, el Estado no dio respuesta a las recomendaciones, por lo que la Comisión llevó el caso a la Corte IDH en enero de 2001.

En el ámbito nacional, tras el planteo de la defensa en junio de 2001, se declaró la prescripción de la acción penal y la Cámara confirmó esa resolución en noviembre de 2002 sobreseyendo a Espósito. La cuestión se llevó a la CSJN invocando la existencia de actos interruptivos posteriores a la acusación que convertían en arbitraria dicha sentencia. Tras un acuerdo amistoso en febrero de 2003, el Estado argentino reconoció su responsabilidad por la violación de los derechos fundamentales de Bulacio. La Corte IDH, en su sentencia *Bulacio vs. Argentina*, ordenó al Estado a enjuiciar y sancionar a los responsables.⁷⁷ Remarcó, con aplicación de la doctrina sentada en *Barrios Altos*,⁷⁸ que era inadmisibles que mediante la figura de la prescripción se impidiera la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, ya que de lo contrario los derechos reconocidos en la CADH carecerían de efectividad (párr. 116 y 117).

Ante tal pronunciamiento, la CSJN sostuvo que la decisión de la Corte IDH resultaba de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual el Tribunal Supremo también debía, en principio, subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana

⁷⁶ CIDH, *Informe N° 72/00*, caso *Walter Bulacio c/Argentina*, causa 11.752, 3/10/2000.

⁷⁷ Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18/09/2003. Serie C No. 100.

⁷⁸ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia, 14/03/2001, serie C, No. 75.

de Derechos Humanos (cons. 6).⁷⁹ Sin embargo, aclaró que no compartía el criterio restrictivo del tribunal internacional, pues se configuraba una paradójica situación en la que sólo era posible cumplir con la decisión restringiendo fuertemente el derecho de defensa del acusado (cons. 16). Asimismo, Belluscio y Maqueda agregaron en su voto que la CADH (art. 68.1) establece el compromiso de los Estados de cumplir con las decisiones de la Corte IDH en todo caso en que sean parte. Es por todo esto que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida en que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia del tribunal internacional (cons. 9).

Mismos argumentos utilizó en el año 2011, al convalidar esta postura en el fallo *Derecho*.⁸⁰ En dicha oportunidad, se afirmó que las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino son obligatorias para la Corte Suprema.

En el último precedente mencionado, el Tribunal dejó sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseyó al imputado con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia *Bueno Alves vs. Argentina*.⁸¹ En consecuencia, ordenó devolver las actuaciones a la instancia anterior para que se diera cumplimiento a las pautas fijadas en dicho fallo.

En su voto, Maqueda sostuvo que, como uno de los poderes del Estado argentino, la Corte Suprema debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas. Obligación que, si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, y cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la CADH, que posee jerarquía constitucional (cons. 3).

Sin perjuicio de ello, dejaron sentado en su disidencia Fayt y Argibay que, si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino, ello no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente dicha Corte en su sentencia *Bueno Alves vs. Argentina*) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Más aun cuando, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de

⁷⁹ Compuesta por Enrique Petracchi, Raúl Zaffaroni, Augusto Belluscio (según su voto), Carlos Fayt (según su voto), Antonio Boggiano (según su voto) Juan Carlos Maqueda (según su voto) y Elena Highton de Nolasco.

⁸⁰ CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa n. 24.079*, 29/11/2011, Fallos: 334:1504.

⁸¹ Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia, 11/05/2017, Serie C, No. 164.

aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto a un delito común que, de otro modo, se tornaría imprescriptible, creándose así judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistentes tanto en el orden interno como el internacional (cons. 7).

En este marco, en los casos *Espósito y Derecho* se advierte una apertura de la CSJN para acatar las decisiones del tribunal interamericano. En los mentados precedentes, la CSJN debió revisar la declaración de prescripción de la acción penal cuando el propio Estado argentino ya había admitido su responsabilidad por violaciones a derechos humanos ante la Corte IDH. Además, en ambos casos existía una sentencia del tribunal interamericano que exigía proseguir y concluir las investigaciones y sancionar a los responsables. En este sentido, si bien los jueces Zaffaroni y Maqueda plantearon que solo era posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino restringiendo fuertemente las garantías y el derecho de defensa del imputado, la CSJN entendió que era su deber cumplir con la sentencia de la Corte IDH.

Este es el criterio consolidado en el caso *Mohamed*.⁸² En virtud de lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Mohamed vs. Argentina*, en el que se consideró responsable a la República Argentina por violación del derecho de Oscar Alberto Mohamed a recurrir el fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la CSJN remarcó que las sentencias del tribunal internacional son obligatorias para los poderes constituidos.⁸³ En efecto, remarcó que ello es así particularmente desde la reforma constitucional de 1994, conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN (cons. VI). Criterio que, en la actualidad dada la composición de la Corte, no es el que prevalece.

D. La supremacía del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la recepción del control de convencionalidad

La jurisprudencia de la CSJN entre los años 2004 a 2007 adoptó una línea protectora de los derechos humanos de las víctimas de delitos de lesa humanidad. Los casos que tuvo que examinar el Máximo Tribunal plantearon diversas tensiones entre las garantías y derechos constitucionales frente a las normas convencionales y consuetudinarias de fuente internacional. Entre ellas, la prescripción de la acción penal, el principio de legalidad, la cosa

⁸² CSJN, Resolución N°477/15, Expte. 4499/13, 25/3/2015.

⁸³ Integrada por Juan Carlos Maqueda, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti.

juzgada, la validez constitucional de las leyes de Punto Final (1986)⁸⁴ y Obediencia Debida (1987)⁸⁵ y de los indultos dictados por Carlos Saúl Menem (1989-1990).⁸⁶

Cabe desacatar que en la jurisprudencia de la Corte IDH, la doctrina consolidada establecía el deber de investigar dichos crímenes, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas por los daños causados por los hechos cometidos durante la década del 70.⁸⁷ En el caso *Barrios Altos*,⁸⁸ el Tribunal interamericano declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobierno de Perú (leyes Nros. 26.479 y 26.492) resultaban incompatibles con la CADH.

Entre los precedentes más relevantes se encuentra *Arancibia Clavel*.⁸⁹ En este caso, la CSJN debió resolver la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad, sin importar la fecha en que fueron cometidos. Arancibia Clavel fue condenado a la pena de reclusión perpetua por los delitos de homicidio agravado por el uso de explosivos y asociación ilícita. La Cámara de Casación Penal revisó la sentencia y resolvió que el delito de asociación ilícita se encontraba prescripto. Recurrida esa decisión por el gobierno de Chile, la CSJN dejó sin efecto la absolución. El voto mayoritario sostuvo que integrar una asociación ilícita destinada a cometer delitos de lesa humanidad constituye un crimen de lesa humanidad (cons. 17).⁹⁰ El Tribunal aplicó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad –que no estaba vigente al momento de los hechos– (véase Ley N° 24.584 y decreto 579/2003) con jerarquía constitucional por Ley N° 25.778 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). En tal sentido, entendieron que esa Convención solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario (cons. 28). De lo expuesto, se advierte que la Corte armoniza las garantías constitucionales y las responsabilidades del Estado argentino frente a los ciudadanos y a la comunidad internacional.

⁸⁴ Ley N° 23.492, Congreso de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 24/12/1986.

⁸⁵ Ley N° 23.521, Congreso de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 08/06/1987.

⁸⁶ Ricardo L. Lorenzetti y Alfredo J. Kraut, *Derechos Humanos: justicia y reparación*, 2ª ed. (Buenos Aires: Sudamericana, 2011), p.130.

⁸⁷ Ver Corte IDH, *Velázquez Rodríguez*, sentencia, 29/07/1988, serie C, No. 4, cons. 172.

⁸⁸ Ver Corte IDH, *Barrios Altos*, sentencia, 14/03/2001, serie C, No. 75.

⁸⁹ CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa n° 259-*, 08/03/2005, Fallos: 328:341.

⁹⁰ Enrique S. Petracchi (según su voto), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Carlos S. Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (según su voto), Adolfo R. Vazquez (en disidencia), Juan C. Maqueda (según su voto), E. Raul Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco.

El juez Belluscio señaló, en su voto en disidencia, que los tratados internacionales con jerarquía constitucional son normas constitucionales de segundo rango. Por lo tanto, prevalecen por sobre las leyes ordinarias, pero son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. De esta manera, en modo alguno resultaría justificado pretender corregir una aberración de hecho (la de los delitos imputados) mediante una aberración jurídica (la aplicación retroactiva de la ley penal o la restauración de una acción penal extinguida) (cons. 15). Por su parte, el juez Fayt, también en disidencia, sostuvo que la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, toda vez que entre los principios de derecho público establecidos en la Constitución se encuentra el principio de legalidad (art. 18 CN) (cons. 19).

Tres meses después llegó a la CSJN el caso *Simón*,⁹¹ en el que se tuvo que examinar la validez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

Julio Simón fue procesado por crímenes de lesa humanidad contra la familia Poblete-Hlaczik. El juez que investigó los hechos y la Cámara que revisó su decisión declararon la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Recurrida dicha decisión, la Corte resolvió que las mencionadas leyes resultan contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos y no resultan aplicables en los casos donde se juzgan delitos de lesa humanidad. El voto mayoritario señaló que las leyes de amnistía que se orientan al olvido de graves violaciones de derechos humanos se oponen a las disposiciones de la CADH y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que resultan constitucionalmente intolerables (art. 75 inc. 22, CN) (cons. 16).

En su voto en disidencia, Fayt sostuvo que no puede afirmarse que a partir del caso *Barrios Altos* las leyes de Punto Final y Obediencia Debida resultan contrarias a la CADH, pues este de ningún modo se pronunció sobre leyes que establecieron un plazo o que dejaron intacta la responsabilidad de los militares. En consecuencia, no puede concluirse que, con el dictado de dichas leyes, el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados.

⁹¹CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768*, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

En 2007, la Corte analizó la validez de los indultos decretados por Carlos S. Menem durante su presidencia.⁹² En el caso *Mazzeo*,⁹³ el Máximo Tribunal ratificó los argumentos de los precedentes *Arancibia Clavel* y *Simón* y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los indultos. De esta manera, sostuvo que ningún tipo de medida de perdón puede oponerse para dejar sin efecto la persecución y condena de crímenes de lesa humanidad.

En este caso, mientras se sustanciaba la investigación contra varios agentes de las Fuerzas Armadas por graves delitos (homicidio, privación ilegal de la libertad, torturas, apremios, etc.), el entonces presidente de la nación, Carlos S. Menem, otorgó al imputado un indulto mediante decreto 1002/1989 y, como consecuencia, se dictó su sobreseimiento y liberación. Esta decisión fue confirmada por la CSJN en diciembre de 1990 (Fallos: 313:1392). En 2004, en virtud de la presentación realizada por la Liga Argentina por los Derechos Humanos, la Corte volvió a tratar el caso y, finalmente, en 2007 declaró la inconstitucionalidad de ese indulto.

En el voto mayoritario, conformado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, los magistrados entendieron que dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad, vulnerando los derechos consagrados en la Constitución (arts. 18, 31, 75.22, 99.5 y 118), la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cons. 29). El Tribunal fundó su pronunciamiento en la doctrina sentada por la Corte IDH en *Almonacid Arellano*⁹⁴, que estableció la obligación del Poder Judicial de efectuar el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado y la interpretación que ha hecho de este la Corte IDH (cons. 20).

En disidencia votaron los jueces Fayt y Argibay (disidencia parcial), quienes ratificaron lo expuesto en sus votos en *Arancibia Clavel* y *Simón*. El juez Fayt sostuvo que declarar la

⁹² Durante su presidencia, Carlos Menem firmó diez decretos (entre 1989 y 1990), por medio de los cuales indultó a civiles y militares que cometieron delitos durante la dictadura militar denominada “Proceso de Reorganización Nacional”. Mediante estos decretos fueron indultadas más de doscientas personas. Junto con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida conforman las “leyes de la impunidad” (Ricardo L. Lorenzetti y Alfredo J. Kraut, *Derechos Humanos: justicia y reparación*, p. 159).

⁹³CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*, 13/07/2007, Fallos: 330:3248, cons. 15 y 16.

⁹⁴Ver Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia, 26/09/2006, Serie C, No. 154, párr. 124.

inconstitucionalidad de un indulto convalidado por la Corte implica violar la garantía de cosa juzgada y, por ende, la prohibición de la persecución penal múltiple, prevista como derecho implícito en el art. 33 de la CN y en forma explícita en el art. 8.4 CADH y art. 14.7 PIDCP (cons. 39). Por su parte, la jueza Argibay sostuvo que la reapertura de una discusión que había quedado cerrada diecisiete años atrás afectaba la garantía de la cosa juzgada.

Un punto para destacar es la influencia de la doctrina fijada por Corte IDH en el precedente *Barrios Altos*, que surge en los fundamentos de la CSJN en los casos *Simón y Mazzeo*, sin perjuicio de que no se trata de un caso en que la Argentina haya sido condenada en la instancia interamericana. Tal como se mencionó anteriormente, ninguna regla de la CADH establece la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH respecto de los Estados que no fueron parte del proceso. Sin embargo, uno de los rasgos del control de convencionalidad implica determinar la compatibilidad no solo con el texto de la CADH, sino con la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados que integran el *corpus iuris*.

De lo expuesto, se advierte que la CSJN fue consolidando en su jurisprudencia la aplicación y supremacía de los instrumentos de derechos humanos, la vinculatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH y el deber de realizar el control de convencionalidad. También, es importante resaltar que, en los votos disidentes, se otorga preminencia a los principios y garantías del derecho interno por sobre el derecho internacional. Postura que, con el tiempo, se transformó en la posición mayoritaria de la CSJN en su actual composición.

E. El giro hacia la doctrina del margen de apreciación nacional

Explica Manili que el denominado margen de apreciación nacional es una suerte de contracara del control de convencionalidad.⁹⁵ Así como las cortes internacionales de derechos humanos obligan a los funcionarios de los Estados a interpretar las normas internas de acuerdo con las internacionales, los Estados se reservan cierto margen al momento de hacerlo.

Se trata de un “espacio de valoración” que concierne a los Estados como manifestación de su soberanía. Los límites a esta potestad se encuentran en el respeto de la vigencia de los

⁹⁵Pablo L. Manili, *Manual de Derechos Humanos*, p. 326

principios y valores fundantes de la Constitución Nacional, que deben ser interpretados en consonancia con el orden público internacional.⁹⁶

Esta doctrina surgió como criterio hermenéutico, adoptado por primera vez por la Comisión Europea de Derechos Humanos⁹⁷ y, con posterioridad, por la Corte Europea de Derechos Humanos.⁹⁸ Al respecto, señala López Alfonsín⁹⁹ que el fundamento de dicha doctrina no se encuentra en el texto del Convenio Europeo. En cambio, se trata de un criterio interpretativo según el que “un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan”.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH alude al margen de apreciación reservado al Estado en la OC-4/84, en la que se trató el derecho a la naturalización, pero aclara que este no puede ser un vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios que den como resultado políticas de discriminación negativa.¹⁰⁰ A su vez, en la OC-24/17,¹⁰¹ en la que se analizó el reconocimiento del cambio de nombre de acuerdo con la identidad de género y de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, el juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, en su voto en disidencia, resaltó la existencia de una jurisdicción interna, doméstica, exclusiva, conocida como margen de apreciación de los Estados. Indicó que está contemplada en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2.7), en la Carta de la OEA (art. 1.2) y de manera indirecta en la CADH (Preámbulo, 2º párr.) (cons. 5 y 6). En el caso en concreto, ante la inexistencia de una fuente autónoma del Derecho Internacional que regule la unión de las personas del mismo sexo, el jurista entendió que dicha circunstancia quedaba en la esfera de la regulación interna de cada Estado (cons. 70-72).

⁹⁶ Horacio Rosatti, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local. Teoría y praxis judicial”, *Revista de Derecho Público 2018-2: Derechos Humanos y nuevas tecnologías II* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2018): p. 657.

⁹⁷ Ver CEDH, *Grecia c/Reino Unido*, 26/9/58; CEDH, *Lawless c/Irlanda*, 19/12/59; y CEDH, *Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c/Grecia*, 5/11/69.

⁹⁸ Ver TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp c/Bélgica*, 18/6/1971.

⁹⁹ Marcelo A. López Alfonsín, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho Público 2017-1: Los derechos económicos, sociales y culturales -I* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2017): p. 127.

¹⁰⁰ Ver Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19/01/1984, Serie A, No. 4, párrs. 62 y 63.

¹⁰¹ Ver Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24/11/2017. Serie A, No. 24.

Por su parte, la CIDH también se ha referido al margen de apreciación nacional en algunos informes de admisibilidad, restringiéndolo y remarcando que dicha doctrina es de aplicación restrictiva y excepcional.¹⁰²

En la jurisprudencia argentina, el doctor Fayt convalidó esta teoría y subrayó que,

en absoluta concordancia con el art. 27 CN existe un margen de apreciación nacional, cuya esencia es garantizar la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional.¹⁰³

Recientemente, en febrero de 2017, la Corte en su actual composición,¹⁰⁴ apeló a dicha doctrina para resolver el caso *Fontevicchia*.¹⁰⁵ Este caso se inició en virtud de una demanda de daños y perjuicios promovida por Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A. por la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido, lo cual afectaría su derecho a la intimidad. En septiembre de 2001, la CSJN entendió que en el caso se había efectivamente lesionado el derecho mencionado (arts. 19, CN; art. 17, PIDCP; y art. 11, CADH) y confirmó la condena pecuniaria. En noviembre de 2001, cumplida la reparación económica, Jorge Fontevicchia, Héctor D'Amico y Horacio Verbitsky, sometieron el caso ante el SIDH e invocaron la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 13, CADH).

En noviembre de 2011, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino y le ordenó: (i) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; (ii) publicar un resumen oficial de su sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y (iii) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo,

¹⁰² Ver CIDH, “Informe N° 30/93”, caso *José Efraín Montt vs. Guatemala*, N° 10.804, 12-10-93; CIDH, “Informe N° 71/99”, *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*, N° 11.656,4/5/99; CIDH, “Informe N° 25/04”, *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, petición N° 12.361, Admisibilidad, 11/03/2004; CIDH, “Informe N° 50/05”, *Jorge Luis Cháves Cambroneró vs. Costa Rica*, petición N° 369-04, Admisibilidad, 12-10-2005: citados en Marcelo A. López Alfonsín, “La doctrina del margen de apreciación nacional...”, p. 131.

¹⁰³ CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-*, disidencia de Fayt, cons. 18 y 19.

¹⁰⁴ En 2006, la ley 26.183 redujo a cinco el número de jueces de la Corte Suprema. Actualmente la Corte se integra con los jueces Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y los magistrados designados en 2016 por el presidente Mauricio Macri: Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

¹⁰⁵ 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*, 14/02/2017, Fallos: 340:47.

comprendidas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la CSJN, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno y del procedimiento internacional).¹⁰⁶

El fallo bajo análisis se dicta en relación con la solicitud realizada a la CSJN para que cumpla con el primer punto de esa sentencia. En su voto mayoritario, la Corte señaló que las sentencias de la Corte IDH, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH). Asimismo, resaltó que dicha obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales (cons. 6). Por otra parte, indicó que el SIDH es subsidiario (arts. 46.1.a y 61.2 CADH), y que, por ello, la Corte IDH no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales.

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal señaló que la Corte IDH, al ordenar dejar sin efecto la sentencia del supremo tribunal argentino, pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional (cons. 12). Añadió, a mayor abundamiento, que la CADH (art. 63.1) no contempla la posibilidad de que la Corte IDH disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (cons. 13), y que ello resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino (art. 27, CN) (cons. 16). Entre dichos principios, se encuentra el carácter de la Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (arts. 27 y 108, CN) (cons. 17).

En su voto en disidencia, el juez Maqueda concluyó que, a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22, CN), las sentencias de la Corte IDH pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la CSJN (cons. 3). Siguiendo con esta línea argumentativa, entiende que la Corte, como uno de los poderes del Estado, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano. Consecuentemente, el magistrado mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos, ya citados: *Cantos* (Fallos: 326: 2968), *Espósito* (327:5668), *Derecho* (334: 1504), *Carranza Latrubesse* (336:1024) y *Mohamed*.

¹⁰⁶ Corte IDH, *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C, No. 238, 29/11/2011.

El fallo *in commento* ha sido materia de debate y análisis por gran parte de la doctrina.¹⁰⁷ Abramovich, actual Procurador Fiscal de la Nación, señala que su punto más conflictivo es el argumento sobre la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino.¹⁰⁸ Según el jurista, estos funcionarían como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de aquellos que han sido constitucionalizados. A partir de esta decisión, la CSJN retomó la tesis disidente de Fayt en *Simón, Espósito y Derecho*, lo cual puede implicar un cambio importante en la interpretación del art. 75 inc. 22 de la CN. De ser así, ello resultaría en un cambio regresivo en materia de derechos humanos, debido a que se volvería a una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Por su parte, Arballo centra su crítica en que la Corte deriva del principio de subsidiariedad del SIDH la “fórmula de la cuarta instancia”, pero lo hace en sentido inverso, para que la esfera doméstica reevalúe las condiciones de ejecutoriedad de una decisión restitutiva.¹⁰⁹ Asimismo, critica la referencia de la Corte al “margen de apreciación”, siendo que en el Sistema Interamericano no existen precedentes de la adscripción a esa doctrina.

Otro precedente relevante, vinculado con la temática, es el caso *Castillo*.¹¹⁰ En la causa se discutió si la incorporación de la enseñanza religiosa optativa en las escuelas primarias de la provincia de Salta expresaba una competencia local propia (art. 5 y cc., CN) o si, por el contrario, vulneraba el principio de igualdad (art. 16, CN). En dicha oportunidad, el juez Rosatti, en su voto en disidencia parcial, invocó el “margen de apreciación provincial”, al que identificó como connatural al sistema federal establecido en el art. 1° de la CN. De esta manera, expresó que este no confronta el art. de la 5 CN, sino que expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, conforme la ponderación de sus propios constituyentes (cons. 18).

¹⁰⁷ Algunos de los doctrinarios que comentaron el fallo de manera crítica son Andrés Gil Domínguez, Roberto Gargarella, Raúl Zaffaroni. Por su parte, quienes han leído este fallo como un acierto de la CSJN fueron: Alberto F. Garay, María Angélica Gelli, Alfonso Santiago, Lorena González Tocci y Pedro A. Caminos, entre otros. Ver Edición Especial LL, suplemento jueves 23 de febrero de 2017.

¹⁰⁸ Víctor Abramovich, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, *Pensar en derecho*, no. 10 (2017): p. 17.

¹⁰⁹ Gustavo Arballo, “Los tratados de derechos humanos frente a la Constitución Nacional en una nueva (y problemática) jurisprudencia de la Corte argentina”, *Revista de Derecho Público 2017-1: los derechos económicos, sociales y culturales* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2017): p. 548.

¹¹⁰ CSJN, *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta. Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/Amparo*, 12/12/2017.

En esta oportunidad, el magistrado indicó que el “margen de apreciación local” es una potestad de los Estados locales que deriva del reconocimiento constitucional del atributo de autonomía. Su límite está fijado por la vigencia de los valores fundantes de la CN, y puede ser controlado por la autoridad judicial local o por la CSJN.¹¹¹ Cabe señalar que en el caso bajo análisis, el voto mayoritario declaró la inconstitucionalidad de las normas salteñas referidas a la enseñanza religiosa (art. 27 inc. ñ de la Ley N° 7.546 y disposición 45/09 de la Dirección General de Educación primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta) y, en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se venían desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

De lo expuesto, se pueden extraer algunas conclusiones. Hasta el caso *Fontevicchia*, la teoría del “margen de apreciación nacional” nunca fue aplicada en la jurisprudencia interna. A su vez, el Estado argentino nunca invocó esa teoría ante los órganos interamericanos en los casos en los que fue demandado. Se advierte así un cambio de postura, mediante el que la CSJN desobedeció una sentencia de la Corte IDH, a la que el Estado argentino reconoció competencia contenciosa y consultiva sin ningún reparo. De esta manera, se vulneró el principio por el que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y no pueden alegar disposiciones de derecho interno para incumplirlas (art. 27 de la CVDT), bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Así, esta sentencia debilita el sistema de protección de los derechos humanos y sienta un preocupante precedente, toda vez que la Corte se atribuyó la facultad de controlar las competencias de la Corte IDH.

VII. Reflexiones finales

En el presente trabajo se intentó realizar un recorrido por los precedentes más relevantes de la CSJN, en relación con la interpretación del art. 75 inc. 22 de la CN.

La premisa inicial es que la reforma constitucional de 1994 puso definitivamente en una posición predominante los instrumentos de derechos humanos, lo cual hizo más accesible un abanico ampliado de tales derechos. Esto implicó la obligación del Estado para que cada uno de los poderes que lo integran asuma el compromiso de actuar, en el marco de sus competencias, de manera tal que esos derechos sean garantizados y efectivos.

¹¹¹Horacio Rosatti, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local...”, p. 667.

A su vez, la eficacia del SIDH –ahora jerarquizado– está supeditada a la fidelidad con que las autoridades administrativas, legislativas y judiciales atiendan las normas internacionales y les confieran efecto.¹¹² En el sistema interno, la CSJN es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, y en esa función verifica la adecuación de la normativa interna a los estándares de derechos humanos fijados por los órganos internacionales.

Del análisis realizado, se puede advertir que la CSJN fue construyendo un criterio de interpretación, por momentos vacilante, pero que avanzó en la protección de los derechos humanos. De esta manera, en los casos donde surgía una fuerte tensión entre las normas y principios del derecho interno y las normas convencionales, la CSJN resolvió por la primacía de los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, de la jurisprudencia examinada se advierte que la efectividad de aplicación del derecho derivado del SIDH es mayor cuando se trata de interpretar normas invocadas ante la CSJN. Empero, esa efectividad se reduce cuando se le requiere al Superior Tribunal la ejecución de una decisión emanada de un caso contra la Argentina.

El fallo *Fontevicchia* alerta sobre el criterio que podría tener de ahora en adelante el Máximo Tribunal con respecto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, sugiriendo que sus decisiones firmes y definitivas no pueden ser objeto de revisión.

En este punto, es fundamental la aplicación que hace la CSJN del derecho interno, ya que puede lesionar derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por lo tanto, habilitar la instancia internacional. De esta manera, el Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado, puede comprometer la responsabilidad internacional a través de su accionar, exteriorizado por medio de las sentencias.

La doctrina de la subsidiariedad del derecho internacional se manifiesta, entre otras cosas, por la exigencia del agotamiento de los recursos internos (cfr. arts. 46.1.a y 61.2, CADH) y el principio de que la Corte IDH no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales, por lo que no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales.¹¹³

¹¹² Víctor Bazán, “La Corte Interamericana frente a algunos desafíos singulares y cuestiones complejas”, *Revista de Derecho Procesal 2015-1: Jurisdicción y competencia-II* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015): pp. 377-424.

¹¹³ 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*, 14/02/2017, Fallos: 340:47, cons. 8.

En este sentido, Manili acuerda que las decisiones de la CSJN no pueden ser revisadas por los órganos internacionales de derechos humanos, pero sí pueden ser “*juzgadas*”.¹¹⁴ En otras palabras, su intervención tiene por fin juzgar si esa decisión adoptada por el Tribunal Supremo comprometió la responsabilidad internacional del Estado por ser violatoria de lo establecido en una norma internacional. Según esta postura, la sentencia nacional será juzgada en cuanto a si comprometió o no el orden jurídico internacional, ordenándole al Estado el cese de la conducta lesiva y la reparación del derecho conculcado. Por lo tanto, no declara expresamente su nulidad o revocación, sino que es el Estado el que deberá hacer cesar esa decisión judicial firme para cumplir con sus obligaciones internacionales. Así, sostiene Manili, es el Estado y no el órgano internacional el que rehace su conducta adecuándola a los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin perjuicio de los interrogantes que se abren a partir de este estudio, existe la certeza de que el progresivo desarrollo de los derechos humanos, a través de la adopción de nuevos instrumentos internacionales, de las opiniones y jurisprudencia de los órganos del SIDH, exige un mayor esfuerzo para armonizar y complementar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión no podrá ser resuelta invocando únicamente los principios del derecho público argentino (art. 27, CN), o apoyándose exclusivamente en los principios básicos del derecho internacional. Para esclarecer esta discusión, es necesario recurrir a argumentos valorativos que permitan aplicar esos estándares de derechos humanos de manera progresiva y extensiva.

Solo así será posible sostener y garantizar el orden legal implementado en la Constitución de 1994, cuyo fin es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los seres humanos.

¹¹⁴ Pablo L. Manili, “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo 'Fontevicchia'” disponible en <http://www.pablomanili.com.ar/las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-ante-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-a-proposito-del-fallo-fontevicchia/>