

# La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes

Laura Clérico<sup>1</sup>

## I. Introducción

En febrero del año 2017, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció en el expediente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En concreto, la Dirección General de Derechos Humanos de ese Ministerio remitió a la Corte un oficio en el que se le informaba que cumpliera, “en lo que corresponda y de conformidad con su competencia”, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina” en 2011.<sup>2</sup> Este requerimiento implicaba que la Corte Suprema dejara sin efecto su sentencia de 2001<sup>3</sup> que imponía una condena civil a Fontevecchia y D’Amico, así como

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), LLM. (Kiel), Dr. iur. (Kiel), Prof. de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora CONICET. Agradezco a Martín Aldao, Camila Fernández Meijide, Liliana Ronconi, Celeste Novelli, Gisela Ferrari, Federico De Fazio, Leticia Vita, Guillermo Treacy, Sebastián Scioscioli y Raúl Gustavo Ferreyra, comentarios, preguntas y críticas. Los errores me pertenecen.

<sup>2</sup> En el año 2011, La Corte IDH condenó a la Argentina en el caso “Fontevecchia V. D’Amico vs. Argentina” en un caso que planteó como un conflicto entre la libertad de expresión de los periodistas en asuntos de interés público sobre una persona que se sometió libremente a la arena pública (cargo electivo) y que abrió las puertas de su vida familiar a la prensa y, por otro lado, el derecho a la protección de la vida privada de un presidente y su familia (párr. 50). Concluyó que la atribución judicial de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas implicaron una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia y D’Amico. Analizo la sentencia de fondo de la Corte IDH en Fontevecchia, en: Clérico (2014).

<sup>3</sup> CSJN, “Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios - sumario”, Fallos: 324:2895.

todas sus consecuencias. La respuesta de la Corte fue negativa, no hizo lugar a esta solicitud.<sup>4</sup>

De la posición mayoritaria de la Corte Suprema en *Fontev ecchia* 2017 surge que: a) “las sentencias de la Corte IDH, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este.” Sin embargo,

b) se trata de “entender” la obligatoriedad que surge del art. 68.1 CADH, que establece: “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” La Corte Suprema interpreta que “debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional”,<sup>5</sup> y

c) “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”.<sup>6</sup>

Este pronunciamiento<sup>7</sup> de la Corte argentina fue con razón ampliamente criticado por una buena parte de la academia,<sup>8</sup>

<sup>4</sup> CSJN, *Fontev ecchia*, 2017, considerandos 7 y 20. La votación no fue unánime. En disidencia votó el juez Maqueda. La votación por la mayoría estuvo conformada, por un lado, por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz [en adelante, el voto mayoritario] y, por el otro lado, el voto del juez Rosatti. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en: Fallos 340 I: 55 (págs. 55-71), en el portal de la Corte: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar> (última consulta: 02/06/2018). La Corte IDH en *Caso Fontev ecchia y D’Amico Vs. Argentina* se pronunció en el expediente en Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017. El contenido de esa resolución no modifica en sustancia lo sostenido en este artículo. Este escrito se focaliza en la argumentación de la Corte argentina en el pronunciamiento de 2017.

<sup>5</sup> CSJN, *Fontev ecchia*, 2017, voto mayoritario, consid. 20.

<sup>6</sup> CSJN, *Fontev ecchia*, 2017, voto mayoritario, consid. 6. La reducción que la Corte realiza del alcance de la competencia de la Corte IDH para establecer medidas reparatorias ha sido ampliamente criticado por la academia, entre otros, ABRAMOVICH (2017), p. 9.

<sup>7</sup> SACRISTÁN (2017:12) sostiene que “es un decisorio abstracto, teórico, sin legitimado, en el marco de un planteo inter-orgánico” y que “dada su vocación de generalidad”, pudo haber sido encuadrado como una “acordada”.

<sup>8</sup> Entre muchos otros, v. ABRAMOVICH (2017); ARBALLO (2017); BOVINO 2017; CONTESSE (2017); PALACIO DE CAEIRO (2017); GIL DOMÍNGUEZ, (2017); GULLCO (2017); NASH ROJAS (2017); REY (2017); PIZZOLO, (2017); ONAINDÍA (2017); cfr. SAGÜES (2017).

entre otros,<sup>9</sup> con diferentes argumentos, énfasis y matices. En este artículo me detengo en una referencia que la Corte Suprema realiza a la doctrina del margen de apreciación de los Estados en la versión desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (apartado III). Sostengo que a la luz del desarrollo de la doctrina en el TEDH (apartados II y IV), la enunciación realizada por la Corte Suprema resulta doblemente descontextualizada (apartado IV) e injustificada en el marco de lo que se juega en el pronunciamiento. Primero, la Corte argentina enuncia la doctrina “al pasar” en un pronunciamiento sobre ejecución de una sentencia de la Corte IDH. Por el contrario, “ese” desarrollo de la doctrina del TEDH se refiere al margen cuando se trata de evaluar las razones estatales para la justificación o no de la restricción a los derechos. Insisto, el desarrollo que cita la Corte argentina aparece en el debate y justificación de la decisión de la cuestión de fondo en las sentencias del TEDH. Segundo, el margen de apreciación en la versión desarrollada por el TEDH responde a las tensiones que se dan en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante, SEDH).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> CELS, “Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH.”, 18/2/2017, en <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/03/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>

<sup>10</sup> En un trabajo relativamente reciente, DE LONDRAS Y DZEHTSIAROU (2015), p. 523, se preguntan por el papel que ha adquirido el TEDH y cómo ha tratado de manejar las tensiones que se generan en el SEDH por sus pronunciamientos. En cuanto al papel del TEDH, sostienen que desde su creación se ha convertido en un “actor constitucional” “dentro y fuera del continente europeo”. Atribuyen esta performance a las innovaciones generadas en sus líneas jurisprudenciales por medio de la aplicación de la interpretación evolutiva y la concepción del CEDH como un instrumento vivo. Ahora bien, advierten que estas líneas jurisprudenciales innovadoras generaron “una tensión entre la Corte y las partes contratantes que posiblemente puede poner en tela de juicio el apoyo difuso de los Estados a la Corte”. El centro del artículo –en un registro no sólo jurídico sino también sociológico–, gira en torno a la reconstrucción de las formas en que el TEDH piloteo estas tensiones. La tesis de los autores es que estas tensiones fueron abordadas a través de diversas estrategias, por un lado, a través de la gestión y manejo de los expedientes; luego, a través de la consideración de factores extralegales para comprender la relevancia de algunos casos particularmente controvertidos y, finalmente, a través del uso de la interpretación basada en el consenso europeo. Los autores parecen sostener el carácter necesario de este modelo. Sin embargo, a renglón seguido, advierten las críticas que con razón se han referido al uso de estas estrategias. Por

Por el contrario, la Corte argentina no explica cómo sería trasladable al contexto de su pronunciamiento. Por último, formulo algunas preguntas acerca de los usos del margen de apreciación en el contexto de la práctica argentina y “más allá” del caso en disputa (apartado IV). Los interrogantes y la crítica que formulo a la apelación de la doctrina del margen en la versión del TEDH giran en torno a la forma en que se usan<sup>11</sup> los argumentos de derecho comparado en el razonamiento judicial.

## II. El margen de apreciación estatal puesto en contexto

El margen de apreciación es una doctrina que reconoce un desarrollo abultado y, a su vez, polémico por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según la doctrina, las autoridades nacionales estarían mejor posicionadas que el TEDH, en principio, para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal que limita un derecho. Esto implica tres cosas. La primera, las autoridades nacionales deben realizar un examen de la necesidad y proporcionalidad de la medida.<sup>12</sup> La segunda, el TEDH controla ese examen, es decir,

---

un lado, implica una pérdida en la calidad del razonamiento jurídico de las sentencias. Por el otro lado, estas estrategias dejan contentos a los Estados; sin embargo, no toman en cuenta las expectativas justificadas de las organizaciones de derechos humanos y, por supuesto, la de los propios afectados.

<sup>11</sup> SAUNDERS (2011), p. 587, sostiene que los tribunales se enfrentan a los mismos problemas que plantea el derecho comparado en cuanto a la elección del método. La diferencia residiría en que los tribunales están inmersos en un proceso institucional de adjudicación con plazos. Advierte que lo adecuado respecto del método depende de la finalidad con la que se utiliza el argumento de derecho comparado, del peso que se le acuerde en el proceso deliberativo y del lugar que ocupe en las conclusiones. CLÉRICO (2015) (2017). Gisela Ferrari me apunta con razón que uno de los jueces de la Corte tiene trabajado como académico el tema referido a la aplicación de derecho comparado en las sentencias; v. desarrollo de este punto en SABA (2017), p. 117.

<sup>12</sup> El examen de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia ha sido reconstruido con variantes por la academia especializada. Esto se debe, en parte, a que el TEDH no siempre ha sido coherente en su aplicación. Una de las reconstrucciones más recientes, propuesta por FOLLESDAL, incluye cinco pasos o preguntas: a) si el fin estatal es legítimo; b) cuán importante es el derecho afectado como pilar de una sociedad democrática; c) qué/ cuán intensiva es la restricción al derecho; d) si la restricción al derecho es necesaria;

*controla* si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos en juego. La tercera, sostener que el Estado tiene un margen de apreciación aún no define el *alcance del margen*. Es decir, el margen admite diversos grados. Así, del alcance del margen que el TEDH le otorgue al Estado dependerá la intensidad con que controle las razones estatales. Si se reconoce un amplio margen a los Estados, la contracara es la posición deferente con que el TEDH analizará la justificación estatal. Por el contrario, si el margen es mínimo, el TEDH la escrutará en forma bien intensiva. A su vez, se podrían reconstruir escrutinios intermedios por medio de la utilización de escalas: amplio, intermedio, estrecho.

En cuanto a su ámbito de aplicación general, la doctrina del margen se desarrolla en el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limitados, siempre y cuando esas limitaciones estén establecidas por ley y sean “necesarias en una sociedad democrática”. Se trata, por ejemplo, de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, al derecho a casarse, entre otros (8 a 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante, CEDH). El margen no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas (art. 2 y 3 CEDH), la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (art. 3 CEDH); la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas,

---

y, por último, e) si las razones ofrecidas por el Estado son relevantes y suficientes. FOLLESDAL (2017), p. 365. Sobre la necesidad de aplicarlo en forma estructurada para hacer la argumentación controlable, y de fortalecer los exámenes de idoneidad y de medios alternativos menos lesivos, GERARDS (2013), p. 466 El examen estándar y estructurado de proporcionalidad comprende cuatro pasos: a) si la medida estatal que restringe el derecho afectado persigue un fin “legítimo”, b) si esa medida logra promover el fin (idoneidad), c) si pudo haber sido evitada la restricción a través de un medio alternativo (medios alternativos), d) si la intensidad de restricción del derecho se encuentra en una relación proporcional con las razones que hablan a favor de la promoción del fin o del derecho en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). V., asimismo, CLERICO (2009).

trabajo forzado (art. 4 CEDH). Respecto de todas estas prohibiciones, los Estados no tienen margen de apreciación, no hay posibilidad de ponderación alguna.

El TEDH fue estableciendo los criterios para la determinación del alcance del margen de apreciación en el caso –siempre y cuando se trate de un derecho limitable. El alcance depende a) del tipo de derecho restringido, b) de su importancia, c) de la intensidad de la interferencia, d) del objeto de la interferencia, e) de la existencia de consenso europeo en la cuestión debatida, f) del tipo de obligación estatal y g) del tipo de interés estatal que se persiga con la medida.<sup>13</sup> El tipo de derecho restringido es un factor importante para la determinación del margen. De ahí que hoy en día se pueda hablar de desarrollos de dogmáticas especiales del margen de apreciación de acuerdo con el derecho en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión, el TEDH sostiene que el margen depende “del tipo de expresión en cuestión”. Así, de su jurisprudencia surge que hay poco margen para a) “las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate sobre asuntos de interés público”, como así también que b) el margen “está también limitado por el gran interés de una sociedad democrática a permitir a la prensa desempeñar su papel vital de ‘perro guardián’”.<sup>14</sup> Si el margen es limitado, el Tribunal examinará cuidadosa e intensamente la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. De esta forma podríamos seguir desarrollando el alcance del margen en relación con cada uno

<sup>13</sup> TEDH, *Marper c. Reino Unido* (2008), párr. 102: en el que sostiene que “la amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, entre ellos la naturaleza del derecho de la Convención en cuestión, su importancia para el individuo, la naturaleza de la interferencia y el objeto perseguido por la injerencia. El margen tiende a ser más estrecho cuando el derecho en juego es crucial para que el individuo disfrute efectivamente de intimidad o derechos claves ... Asimismo, cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se limitará el margen permitido al Estado ...”. Sin embargo, advierte el TEDH, “cuando no existe un consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni en cuanto a la importancia relativa del interés en juego, ni en cuanto a la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio ...”.

<sup>14</sup> TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 102.

de los derechos limitables; sin embargo, este desarrollo excede el objeto de este trabajo.

En forma relativamente reciente el margen de apreciación ha adquirido nuevos bríos.<sup>15</sup> En especial, la calidad de debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido enfatizada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International* contra Reino Unido de 2013.<sup>16</sup> En el caso concreto se debatía la prohibición de una publicidad política paga sobre la defensa de los derechos de los animales en la televisión británica. Las partes no discutían que la publicidad podía ser regulada por una medida legislativa general. Por el contrario, disentían en cuanto al alcance de la prohibición. El TEDH sostuvo que “el Estado, de conformidad con las disposiciones del Convenio, puede tomar medidas generales que se apliquen a situaciones preestablecidas independientemente de las circunstancias propias de cada caso, aún a riesgo de que estas medidas puedan provocar dificultades en casos especiales”<sup>17</sup>. Para el TEDH se trata de controlar la “proporcionalidad de una medida de carácter general” realizada en el Estado en cuestión.<sup>18</sup> Su punto de partida son las “elecciones legislativas que han originado esta medida”. A su vez, el TEDH fija la intensidad con la que

---

<sup>15</sup> SPANO (2014) p. 14.

<sup>16</sup> TEDH, *Animal Defenders International* c. Reino Unido, 22/04/2013.

<sup>17</sup> TEDH, *Animal Defenders International* c. Reino Unido, 22/04/2013, párr. 106 y 107. Ver crítica a este caso BREMS y LAVRYSEN (2015), p. 139.

<sup>18</sup> TEDH, *Animal Defenders International* v Reino Unido, 22/04/2013, párr. 108. El problema radica en que el TEDH estaría dejando de controlar intensivamente si son suficientes y necesarias las razones estatales para la restricción del derecho en el caso, se limita a controlarlo en general. Además, con el siguiente agregado: “... cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida general, menor será la importancia que la Corte atribuya a su repercusión en el caso concreto” (párr. 109). El voto en disidencia crítica que la mayoría haya dejado de hacer un análisis intensivo de las razones de la restricción en el caso concreto y un examen de medios alternativos. Voto en disidencia de los jueces Tulkens, Spielmann y Laffranque en TEDH, *Animal Defenders International* c. Reino Unido, 22/04/2013, párr. 4-20.

evaluará las razones estatales: esas razones deben ser “pertinentes y suficientes”.<sup>19</sup> Y para la determinación del “margen de discrecionalidad adecuado” entiende que tiene especial importancia: a) la calidad del examen parlamentario sobre la necesidad de la medida estatal, b) la calidad del examen judicial en el caso, y c) “el potencial riesgo que puede suponer la flexibilidad de una medida general. Este riesgo es un factor que corresponde al Estado apreciar”.<sup>20</sup>

Estos criterios generaron una abultada literatura en el ámbito europeo. Por un lado, se habla de un giro procedimental del examen de proporcionalidad.<sup>21</sup> A su vez, de un giro “democrático” del margen de apreciación, en tanto el centro pasa ahora al examen parlamentario y la calidad del debate que la cuestión logró en concreto.<sup>22</sup> Sin embargo, esta nueva faceta del margen de apreciación genera varias cuestiones, por ejemplo, cuáles son los criterios para determinar la calidad del debate y, en su caso, si el TEDH los estaría aplicando en forma coherente y sistemática.<sup>23</sup>

La versión del margen de apreciación al estilo *Animal Defenders* está adquiriendo cierta relevancia en la academia interamericana.<sup>24</sup> Sin embargo, existen voces que siguen advirtiendo que es correcta, por ejemplo, la negativa de la Corte IDH a “abrazar enfáticamente” la doctrina del margen de apreciación en la versión del TEDH.<sup>25</sup>

El objetivo de este trabajo no es ahondar en las discusiones sobre la doctrina del margen de apreciación en su versión europea, sino demostrar con ellas dos cosas. La primera es la

<sup>19</sup> TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 125.

<sup>20</sup> TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108 y voto en disidencia, op. cit.

<sup>21</sup> Cfr. BREMS (2016).

<sup>22</sup> SAUL (2015), p. 745.

<sup>23</sup> CLERICO/ALDAO (2018).

<sup>24</sup> CONTESSÉ (2016), p. 123. PARRA VERA (2016), p. 565.

<sup>25</sup> V. BURGORGUE-LARSEN (2017), p. 408.

constante referencia al contexto en el que surge, se desarrolla, se abraza y es criticada. Además, dar cuenta de las *complejidades de los desarrollos actuales de la doctrina* a la luz de los derechos en juego y de las líneas jurisprudenciales abultadas y, en algunas constelaciones, zigzagueantes, del TEDH.

La segunda es aún más clara. La mayor parte de las discusiones en el contexto del TEDH se refieren a si es legítimo o no reconocer a los Estados un espacio de apreciación; en su caso, cuándo, cuál, en relación con cuáles criterios y por qué. Pero ello, en principio, con referencia a la disputa sobre la interpretación de los derechos limitables. Es decir, la discusión sobre el margen de apreciación se da en la parte referida al mérito de la sentencia, en la discusión de la cuestión de fondo referida a si existían o no razones para justificar la restricción al derecho. No se refieren estas discusiones, en general, a la ejecución de una sentencia del tribunal internacional, por lo menos, no en el desarrollo que la Corte Suprema enuncia para tomar “prestado” del TEDH.

Por lo demás, el punto sobre ejecución y seguimiento de sentencias del TEDH y de la Corte IDH es diferente en cuanto a las normas procesales entre el TEDH y la Corte IDH.<sup>26</sup> Esta diferencia es identificada expresamente por el voto concurrente del juez Mac-Gregor de la Corte IDH en el caso Gelman de 2013 sobre supervisión de sentencia. Es sabido que la Corte IDH supervisa la ejecución de las sentencias.<sup>27</sup> Por el contrario, esta competencia se encuentra en el SEDH, en principio, en cabeza de un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de

---

<sup>26</sup> En un trabajo reciente PARRA VERA (2016), p. 565, sostiene —como parte de la academia ha advertido anteriormente—, que los diálogos entre la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH deben tener en cuenta los contextos históricos e institucionales de producción de esos pronunciamientos e identifica, por ejemplo: “que la Corte IDH dedica un tiempo importante a la supervisión de cumplimiento de sentencias, tarea que en el sistema europeo se concentra en el Comité de Ministros, lo cual genera otra diferencia relevante en el trabajo interno de los dos órganos.” Sobre TEDH y la interpretación dinámica sobre los arts. 46, 32 y 19 CEDH: SICILIANO (2014), y un estudio empírico reciente MOWBRAY (2017), p. 451, que trabaja las intervenciones del TEDH en el proceso de ejecución de sentencias.

<sup>27</sup> Caso Gelman c. Uruguay, Corte IDH, supervisión de sentencia, 2013, párr. 73.

Europa, aunque el propio Convenio Europeo (art. 46) permite al Comité solicitar al TEDH que intervenga aclarando algún punto de la sentencia definitiva cuando la ejecución de la misma se vea obstaculizada por algún problema de interpretación. Entonces, ¿de qué nos está hablando la Corte Suprema argentina<sup>28</sup> en el año 2017 cuando se refiere al margen de apreciación en el caso *Fontevicchia* en un pronunciamiento sobre ejecución de una sentencia?

### III. ¿El empalme con el margen de apreciación?

La Corte Suprema trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH. Para ello enuncia el argumento del carácter subsidiario de los tribunales de protección internacional de derechos humanos. Luego, recurre a la doctrina que sostiene que estos últimos no son tribunales de cuarta instancia. Aquí empalmaría con la enunciación del margen de apreciación nacional desarrollada por el TEDH<sup>29</sup> como expresión de la subsidiaridad.<sup>30</sup> Sin embargo,

<sup>28</sup> La Corte argentina utilizó la doctrina en forma aislada según los resultados del trabajo de ELÍAS Y RIVERA (h) (2012); LÓPEZ ALFONSIN (2017), p. 53.

<sup>29</sup> Esta enunciación forma parte de la “justificación” de la Corte en el voto mayoritario, en el considerando 11) de su pronunciamiento expresamente los incluye: “*A la luz de estos principios*, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema ... en virtud de la orden de la Corte Interamericana ... implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema...”. *Cursiva agregada*. CSJN, *Fontevicchia*, 2017, considerandos 10 y 11.

<sup>30</sup> Sebastián Schwartzman advierte con razón que en el voto concurrente del juez Rosatti aparece también la referencia al margen de apreciación pero relacionada con los principios de derecho público del art. 27 de la Const. argentina. Rosatti sostiene: “Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el art. 27. El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales

**este argumento tiene varias debilidades. La primera referida a la cuarta instancia, ya ampliamente trabajada en otros textos.<sup>31</sup> La**

---

–y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.” Tanto la mayoría como el voto concurrente de Rosatti parecen realizar una interpretación histórica y estática del artículo 27 de la Const., los principios de derecho público son los que se reconstruirían de la Constitución de 1853/60. Esta interpretación fue ampliamente criticada por no tener en cuenta que los tratados que tenían en el horizonte la norma del art.27 en 1853/60 eran, en especial, los de libre comercio y, no los de derechos humanos. Agregan entonces, con inclusión de otros argumentos, que la interpretación del art. 27 debe ser integrada con lo que surge del art. 75 inc. 22 de la Const. Nac. (artículo incluido por la reforma de 1994) y que reconoce a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, entre otros, a la CADH, jerarquía constitucional. Así, la protección nacional e internacional de los derechos humanos forma parte de los principios de derecho público establecidos en la Const. Nac. (interpretación integrada del art. 27 y 75inc. 22 Const. argentina). Ver ABRAMOVICH (2017); HITTERS (2017), p. 1. Esta línea de argumentación se complementa con la desarrollada por GULLICO (2017), quien considera que la Corte se equivoca cuando sostiene “que otorgar primacía a la Corte Interamericana por sobre la Corte Suprema sería provocar “un conflicto entre la Constitución y el derecho internacional”. Para ello, utiliza un argumento que tiene en cuenta las intenciones de la Convención Constituyente de 1994: “Ello es así porque el carácter de la Corte Interamericana, como intérprete supremo de una parte de nuestra Constitución (la Convención Americana) ha sido aceptado expresamente por nuestro Constituyente en 1994. Ello significa que, a partir de la citada reforma, dicho tribunal dejó de ser “supremo” en lo que concierne a la interpretación de la Convención Americana, ya que dicha supremacía la tiene ahora la Corte Interamericana.” Agrega entonces: ... “el reconocer a la Corte Interamericana el carácter de intérprete final de la Convención Americana (es decir, de una parte de nuestra Constitución), no significa “derogar artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” sino que sólo es la consecuencia normal del cambio en la jerarquía de los tratados internacionales (específicamente, los tratados de derechos humanos) producido por la reforma constitucional de 1994”. Por lo demás, en cuanto a la relación entre “margen de apreciación nacional” y artículo 27, interpreto que encuentra un análisis crítico, aunque no necesariamente planteado en estos mismos términos, en PIZZOLLO (2017), p. 7; SAGÜÉS (2017). Por todo ello, me detengo en el voto de la mayoría y no en el concurrente de Rosatti.

<sup>31</sup> ABRAMOVICH (2017), p. 12, explica el alcance de la doctrina de la cuarta instancia: “...se refiere simplemente a que la Corte IDH no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales. En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos.”

segunda referida a que del carácter subsidiario del sistema de protección de derechos humanos<sup>32</sup> y de la doctrina del margen de apreciación como una de sus expresiones no se sigue como algo evidente que la Corte argentina pueda dejar de cumplir una sentencia de la Corte IDH en la parte que le corresponde.

La Corte Suprema sostiene que “la comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “*Lawless v. Ireland*”, sentencia del 1o de julio de 1961, y “*Handyside v. The United Kingdom*”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “*Lautsi and Others v. Italy*”, sentencia del 18 de marzo de 2011)...”. Un breve repaso de las cuestiones en estos tres fallos indica que el margen de apreciación se refiere a la disputa sobre el alcance y la intensidad con que se controlarán las razones justificatorias de la limitación al derecho.

En *Lawless* contra Irlanda, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En el caso se trataba de la aplicación del artículo 15 del CEDH que establece que “en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el (...) Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional.” El TEDH reconoció que los

---

<sup>32</sup> PALACIO DE CAEIRO (2017), p. 15/16: sostiene que “ni el principio de subsidiariedad... ni la doctrina del margen de apreciación nacional conducen a desconocer la *res iudicata* internacional, desde que los contenidos de aquellos apuntan a la hermenéutica de las normas internas e internacionales para su correcta y justa aplicación en los márgenes interpretativos posibles.” Agrega que la Corte Suprema se refirió, en más de seis oportunidades, a la sentencia de la Corte IDH en *Fontevecchia* (2011), para interpretar el alcance de la libertad de expresión. Este último punto es también advertido por Gisela FERRARI y por SACRISTÁN (2017), respectivamente.

Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada “derogación” temporal.<sup>33</sup> Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas.<sup>34</sup> Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen o no reconocer a los Estados en la aplicación del art. 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que la CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier ponderación en tiempos normales o de emergencia).

En *Handyside c. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado “Pequeño Libro Rojo”. El art. 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que “los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación. ... va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. ... Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”.<sup>35</sup> De nuevo, en este caso se trata de evaluar restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controlará las razones alegadas por el Estado.

---

<sup>33</sup> GARCÍA ROCA (2007), p. 122, que sostiene: “Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de suspensión de derechos. Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad. ... Mas puede que no sea cabal utilizar como instrumento de control ordinario una herramienta surgida en supuestos de hecho tan drásticos...”.

<sup>34</sup> TEDH, *Lawless c. Irlanda*, 1961.

<sup>35</sup> TEDH, *Handsyde* (1976), párrs. 48-49. *Handsyde* es uno de los primeros fallos en el que el TEDH se refiere a la doctrina. RIVERS (2006), pp. 177-182, advierte que el margen es aún objeto de disputa; FOLLESDAL (2017), p. 367.

Por último, en *Lautsi c. Italia* los afectados consideraban que la presencia de crucifijos en las aulas de centros de enseñanza pública violaba la libertad religiosa y el derecho a la educación de sus hijos. La Gran Sala del TEDH decidió que no había violación de los derechos alegados. Sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, esta decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un “consenso europeo” sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas.<sup>36</sup> Por todo ello el TEDH realiza un escrutinio leve del accionar estatal.<sup>37</sup> Una vez más, el margen de apreciación del Estado aparece relacionado con el alcance de la intensidad con que el tribunal controlará las razones justificatorias.<sup>38</sup>

En suma, la relación que la Corte Suprema supone evidente entre la cuestión normativa que decidió (negativa a dejar sin efecto una de sus sentencias), el enunciado carácter subsidiario del sistema de protección regional de los derechos humanos y el enunciado margen de apreciación a la usanza del TEDH, requiere ser explicada.<sup>39</sup> No se entiende bien en qué sentido

---

<sup>36</sup> La sentencia de la Gran Sala ha sido objeto de varias críticas, entre muchas otras, ZUCCA (2013), p. 229, critica a la Corte por esconderse tras la enunciación del margen para evadir realizar una justificación coherente y suficiente de la sentencia: “La Gran Sala no expone sus razones, ... la evaluación es corta y brutal y consiste sólo en veinte párrafos cortos, donde la Corte simplemente se esconde detrás de la pantalla del margen de apreciación, eufemismo lacónico por deferencia a las autoridades nacionales. Es cierto que la deferencia sirve el propósito de legitimar a la corte internacional frente a la feroz crítica nacional, ... *Sin embargo, lo que el TEDH no parece entender es que su legitimidad como tribunal internacional depende en gran medida de la calidad de su razonamiento, que debe considerarse como ejemplares en articulación y profundidad. Sin esas cualidades, cualquier decisión es una derrota para la justicia aunque sea una victoria pírrica para la respetabilidad institucional.*” Cursiva agregada.

<sup>37</sup> TEDH, *Lautsi c. Italia*, 2011, párr. 70. DZEHTSIAROU (2015); CLERICO (2017).

<sup>38</sup> Aquí podría proseguir haciendo un análisis crítico del uso del margen en cada una de estas sentencias, por lo demás, ampliamente analizadas y discutidas. Esto correría el foco de este artículo hacia la discusión de la doctrina del margen de apreciación en el contexto europeo que excedería los objetivos de este trabajo. V. CLÉRICO/ALDAO (2018).

<sup>39</sup> En todo caso lo que enuncia no ayuda al público para seguir la argumentación en la sentencia. El público en general no tiene por qué ser especialista en el SEDH. Debí haber

podría echar mejor luz para lo que la Corte quiere sostener en su posición mayoritaria. En el contexto interamericano no se puede olvidar el pronunciamiento de la Corte IDH del año 2013 sobre supervisión de sentencia en el caso Gelman. Allí la Corte IDH recordó que para el Estado condenado la sentencia de fondo, como sus partes referidas a las medidas de reparación y garantías de no repetición, tienen carácter vinculante directo.<sup>40</sup> El Estado fue parte directa en el expediente, tuvo la posibilidad de alegar y discutir ampliamente las cuestiones debatidas.<sup>41</sup> En el proceso de ejecución de sentencia, no cabe entonces, “margen de interpretación”<sup>42</sup> para dejar de cumplirla. Como sostiene Hitters,<sup>43</sup> el caso Gelman es similar en tanto los superiores tribunales de los respectivos países no cumplen con lo ordenado por la Corte IDH. Sin embargo, el pronunciamiento

---

buscado otras fuentes y explicar por qué eso sería trasladable al contexto argentino, que forma parte del sistema interamericano y no del europeo. Por ejemplo, pudo haberse orientado en trabajos como el de SICILIANO (2014), pp. 241, 245-249, 253, 261, que explora cómo la interpretación del art. 46 del CEDH pasó de una interpretación tradicional (solo el Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene a su cargo la supervisión de ejecución de las sentencias del TEDH) a una extensiva en donde el TEDH en forma progresiva incrementó su participación en la supervisión de sentencias, si bien la competencia sigue estando en cabeza del Consejo de Ministros. De una revisión de la jurisprudencia del TEDH desde 2004 a 2014 surge, según Sicilianos, que se han generado más de 160 pronunciamientos sobre medidas “generales” o “individuales” o mixtas (medidas generales e individuales) que el Estado tiene que considerar en el proceso de ejecución. Agrega que “tales medidas son expresadas en términos diferentes que van desde las recomendaciones “suaves”, otorgando margen de apreciación a los Estados en cuanto a las medidas concretas de ejecución que se han de adoptar, hasta mandatos claros que no dejan margen de maniobra al Estado demandado”. V., asimismo, TEDH, Seminario de apertura del año 2014, Documento de apoyo, Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?, 2014, en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf) (última consulta: 12.10.2017). No pretendo sostener que un pronunciamiento judicial deba convertirse en una especie de texto académico. Mi crítica se refiere a que las citas de los tres casos del TEDH referidos por la Corte Suprema desorientan.

<sup>40</sup> Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Supervisión de sentencia, 2013, párrs. 59-90.

<sup>41</sup> Idem, párr. 89.

<sup>42</sup> Idem, voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 72, quien habla de un margen de interpretación local para mejorar el piso del derecho internacional de los derechos humanos, no para reducirlo.

<sup>43</sup> HITTERS (2017), p. 1.

de la Corte argentina en *Fontevecchia* 2017 presenta particularidades por dos puntos. Primero, como advierte Palacio de Caeiro y Gisela Ferrari, la Corte argentina en otras sentencias se refirió a la doctrina sobre libertad de expresión y derecho a la información sentada por la Corte IDH en la sentencia de fondo del caso *Fontevecchia* del 2011.<sup>44</sup> Segundo, la Corte argentina en el pronunciamiento de 2017 afirma la obligatoriedad de las sentencias de la Corte, difiere sí en cuanto al alcance de su competencia. En todo caso, la Corte argentina tenía “material”<sup>45</sup> para establecer cómo entendía la relación entre ejecución de una sentencia de la Corte IDH y principio de subsidiaridad y margen de apreciación. No lo realizó, solo lo enunció y de forma incompleta. De haberlo explicado, hubiera puesto aún más en evidencia la debilidad del pronunciamiento en *Fontevecchia* (2017).

#### IV. El margen, *Fontevecchia* y ¿más allá?

En este trabajo traté de demostrar el uso descontextualizado con que la Corte Suprema enuncia la doctrina del margen de apreciación en la versión desarrollada por el TEDH. Por un lado, el TEDH utiliza esa doctrina para discutir el alcance del margen que tienen los Estados para evaluar la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a los derechos limitables. Se trata de disputas sobre la intensidad del control del TEDH sobre la medida estatal. Entonces, el uso es descontextualizado porque la Corte Suprema en *Fontevecchia* 2017 enuncia la doctrina para sostener la competencia que la Corte tendría

<sup>44</sup> PALACIO DE CAEIRO (2017), con cita de Fallos de la Corte argentina, por ejemplo, “Garrido, Carlos M. c. EN - AFIP s/amparo - ley 16.986” (21/6/2016), Fallos 339:827, considerando 7; “Grupo Clarín y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa” (29/10/2013), Fallos 336:1774, considerando 25; “B., H. G. c. América TV SA y otros” (27/8/2013), en el punto V del dictamen de la Procuración, la Corte adhiere a la justificación en ese dictamen.

<sup>45</sup> En este sentido, v. ABAMOVICH (2017), p. 14 reconstruye líneas relevantes de sentencias de la Corte IDH que se ordenan dejar sin efecto una sentencia de un tribunal local como parte de las medidas reparatorias.

para interpretar las competencias de la Corte IDH y para, en concreto, no cumplir con la sentencia de la Corte IDH. Este corrimiento no está justificado en la sentencia. Se anota como una deuda en el deber argumentativo de la Corte.

La segunda descontextualización surge de la transferencia del desarrollo europeo de la doctrina en sí. El margen de apreciación es un desarrollo que responde a las tensiones que se dan en el marco del SEDH, en el Consejo de Europa, entre los Estados y el TEDH. Las *variaciones del alcance* del margen son muy contextuales. Esto es tan así que hasta la propia Corte IDH ha demostrado cautela en la aplicación de esta doctrina en el contexto interamericano. Si la Corte argentina insiste con el uso del margen de apreciación a la usanza europea, se agrega a la lista del deber argumentativo su segunda deuda. En suma, la cita del margen de apreciación europea es decorativa.<sup>46</sup>

Por último, no deja de sorprender la levedad con que la Corte Suprema enuncia la doctrina del margen de apreciación del TEDH. El uso del margen de apreciación de los Estados por el TEDH sigue siendo objeto de disputa,<sup>47</sup> incluso así lo reconoce el TEDH.<sup>48</sup> Por un lado, se lo ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados, y por permitir mostrar la pluralidad europea. Por el otro lado, se lo ha criticado por su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias. Además, es criticado por su uso como una carcasa para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o

<sup>46</sup> SAUNDERS (2011), p. 583.

<sup>47</sup> LEGG (2012), entre muchos otros. Aún aquellos que la creen aplicable en el ámbito local, advierten que debe ser utilizada “con sensatez” y “sin perder de vista los fines perseguidos por la incorporación a un sistema de protección internacional de los derechos humanos”, ELÍAS Y RIVERA (H) (2012), p. 133.

<sup>48</sup> FOLLESDALL (2017), pp. 367-8. V. TEDH, Seminario de apertura del año 2015, Documento de apoyo, “Subsidiarity: a two-sided coin?”, documento, 30/1/2015, párr. 16, en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2015\\_ENG.pdf%23page=22](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf%23page=22) (última consulta: 30/9/2017).

no de un derecho.<sup>49</sup> Incluso aquellos que consideran que el margen podría viajar bien al contexto interamericano no dejan de insistir y advertir que es necesaria una reconstrucción crítica de los desarrollos del TEDH al respecto. Reconocen que la doctrina no es coherente ni precisa y que se presta a su aplicación arbitraria. Por ello, se pronuncian por la “exportación” de la doctrina, pero “debidamente desarrollada y especificada” y con limitaciones: solo para los derechos limitables y protegiendo en forma especial los derechos de las minorías y los derechos que son fundamentales para el buen funcionamiento del proceso democrático.<sup>50</sup> Por su parte, Laurence Burgorgue Larsen sostiene que la propia práctica europea demuestra que aún hoy se discute la aplicación correcta del margen de apreciación, que sigue siendo imperfecta en cuanto a técnica y una oportunidad para la arbitrariedad judicial. Con razón se pregunta si, frente a estas circunstancias, sería razonable “importar” una noción que sigue siendo ambigua, difícil de aplicar en la práctica, y “muy alejada del contexto sociológico interamericano”.<sup>51</sup> Una pregunta similar cabe hacer a la Corte Suprema para el contexto de la práctica argentina en general y en relación con los casos en la que la doctrina es enunciada en particular.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> IGLESIAS (2017), p. 2; IGLESIAS (2013).

<sup>50</sup> FOLLESDAL (2017), pp. 362, 367-8.

<sup>51</sup> V. BURGORGUE-LARSEN (2017), p. 408.

<sup>52</sup> TUSHNET (2008), sugiere que hay que estudiar la forma en que las ideas constitucionales, “que de hecho migran, son transformadas cuando cruzan las fronteras; o, alternativamente, la forma en que las ideas, que parecen haber migrado, tienen raíces autóctonas más profundas de lo que uno podría pensar, más profundas aún que la prevalencia de citas a fuentes no-nacionales indicaría.” Estas discusiones exceden el objeto de este trabajo. Sin embargo, sirven para realizar las siguientes consideraciones. El margen puede seguir siendo explorado críticamente, puede encontrar varios antecedentes y “funcionales equivalentes” en el derecho público europeo, norteamericano y latinoamericano. Sin embargo, más allá de esto, las discusiones en los casos hay que darles sin etiquetas. En el derecho constitucional argentino y de los DDHH no es necesario tapar las discusiones con referencias a la doctrina del margen de apreciación en su versión europea, cuando se trata de discutir las razones o sin-razones de la interferencia a los derechos con cláusulas de limitación. Esas discusiones se refieren al examen de legalidad (arts. 14, 18 y 19 Const. argentina; art. 30 Conv. Am. de Dchos. Hum.) y, aprobado ese examen, al contenido de cada uno de los derechos en juego,

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25.
- Arballo, Gustavo (2017): “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia,”, en: <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>.
- Brems, Eva y Lavrysen, Laurence, L. (2015): ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights” en: *Human Rights Law Review*, 15(1), pp. 139-168.
- Brems, Eva (2017): The ‘Logics’ of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016), en: J. GERARDS y E. BREMS (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, (Cambridge, CUP).
- Bovino, Alberto (2017): “Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal”, No hay derecho [fecha de consulta: 17/10/2017] [Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>].
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2017): “The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts”, en: A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, (Oxford, OUP), pp. 408.
- Clérico, Laura; Aldao, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, en: *Revista de Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., (aceptado, en prensa, 2018).

---

a la consideración de la jurisprudencia relevante, al examen de razonabilidad (art. 28 CN) y de igualdad (arts. 16, 75 incs. 22 y 23 Const. argentina), a la intensidad de los escrutinios para el control de las razones a una limitación de un derecho limitable y a los criterios que deben ser utilizados para determinar la intensidad. ¿Por qué hablar entonces de margen de apreciación? La apelación a este lenguaje, usada como especie de caparazón vacío, parece obturar una argumentación amplia y crítica de la cuestión debatida.

- Clérico, Laura (2017), “Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica”, en Aguiló Regla Josep, Grández Castro, Pedro, *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Ed. Palestra, Lima, 2017, págs. 127-151.
- Clérico, Laura (2015), “Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Discusiones*, Córdoba, 2015 (portal DOXA). [http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo\\_discusiones/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_discusiones/)
- Clérico, Laura (2014), “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad/proporcionalidad”, en: Grosman, Legarre, Rivera, Elías (coord.), *Tratado de Derechos Constitucionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- Clérico, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: EUDEBA.
- Contesse, Jorge (2017): “Judicial Backlash in Inter-American Human Rights Law?”, *Int'l J. Const. L. Blog*, [fecha de consulta: 4/10/2017] [Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2017/03/judicial-backlash-interamerican>].
- Contesse, Jorge (2016): ‘Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System’ en: *Law & Contemp. Probs.* 7(9 (2), pp. 123.
- De Londras, Fionna y DZEHTSIAROU, Kanstantsin (2015): “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Right”, en: *Human Rights Law Review*, 2015, 15, pp. 523-547.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin (2015): *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge CUP).
- Elías Sebastián y Rivera Julio C. (h) (2012): “La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino” [fecha de consulta: 12/10/2017] [Disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/8.pdf>].
- Follesdal, Andreas (2017): “Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, (2), 1 abril 2017, págs. 359-371 (365).
- García Roca, Javier (2007): “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de

- Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 20), pp. 117-143.
- Gerards, Janneke (2013): “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights” en: *Int’l J. Const. L* (11.2), pp. 466-490.
- Gil Domínguez, Andrés (2017): “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley* (3/4/ 2017).
- Gullo, Hernán (2017): “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, Buenos Aires, *Revista La Ley*, (27/4/2017).
- Hitters, Juan Carlos (2017): “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?” en: *Revista La Ley*, Buenos Aires, (2/8/2017), p. 1.
- Iglesias, Marisa (2017): “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication from a cooperative conception of human rights, en *Int’l J. Const. L*. (Volume 15, 2), pp.
- Iglesias, Marisa (2013): “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional” [fecha de consulta: 17/10/2017], [Disponible en: <https://www.law.yale.edu/system/files>].
- Legg, Andrew (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, (Oxford, OUP).
- López Alfonsín, Marcelo (2017): “La doctrina del margen de apreciación nacional”, *Revista Lex*, Perú, pp. 53-76.
- Mowbray, Alastair (2017): “An Examination of the European Court of Human Rights’ Indication of Remedial Measures” en: *Human Rights Law Review* (vol. 17, 3), pp. 451-478.
- Nash Rojas, Claudio (2017): “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, [fecha de consulta: 17/10/2017] [Disponible en: <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>].
- Onaindía, José M. (2017): “Un fallo que atrasa” [fecha de consulta 15/10/2017] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>].

- Palacio de Caeiro, Silvia (2017): “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor” en: *Revista La Ley*, Buenos Aires, (8/3/2017).
- Parra Vera, Oscar (2016): “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 565-606.
- Pizzolo, Calogero (2017): ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos en: *Revista La Ley* (23/2/2017), pp. 7-13.
- Rey, Sebastián (2017): “En defensa de la convención : una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontev ecchia y D’Amico” en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires (2017-6), pp. 199-216.
- Rivers, Julian (2006): “Proportionality and Variable Intensity of Review”, 65 *Cambridge L.J.*, pp. 177-182.
- Saba, Roberto (2017): “No huir de los tratados”, *Revista Pensar en Derecho*, [fecha de consulta: 02/06/2018] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>].
- Sacristán, Estela (2017): “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, *ED, Suplemento de Derecho Constitucional*, (20/3/2017), pp. 1-15.
- Sagüés, María Sofía (2017). “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en: Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M.; *El control de convencionalidad*, Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 281-370.
- Saul, Matthew (2015): “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments” en: *Human Rights Law Review*, 2015, 15(4), pp. 745-774.
- Saunders, Cheryl (2011): “Judicial engagement with comparative law”, en: Ginsburg, T.; Dixon, R. (eds.), *Comparative*

*Constitutional Law*, (Cheltenham/Northampton Edward Elgar Publishing), pp. 583-601.

Siciliano, Linos-Alexander (2014): “The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR” en: *Netherlands Quarterly of Human Rights* (Vol. 3).

Spano, Robert (2014). “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity” en: *Human Rights Law Review* (14, 3).

Tushnet, Mark (2008): *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, (Princeton, Princeton University Press).

Zucca, Lorenzo (2013): “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber” en: *International Journal of Constitutional Law*, p. 229.

### ***Documentos***

CELS, “Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH.”, 18/2/ 2017, en <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/03/cels-sobre-fallo-fontevecchia-.pdf>

TEDH (2014), Seminario de apertura del año 2014, Documento de apoyo, Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility? [fecha de consulta:12/10/2017] [Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_ENG.pdf) ].

TEDH (2015): Seminario de apertura del año 2015, Documento de apoyo, “Subsidiarity: a two-sided coin?”, [fecha de consulta: 30/9/2017] [Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2015\\_ENG.pdf%23page=22](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_ENG.pdf%23page=22)].