



**EL CONSENSO INTERAMERICANO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL  
LÍMITES AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

*Gustavo Antonio Mammoni*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 12/08/2024**

**Aprobado: 06/09/2024**

## EL CONSENSO INTERAMERICANO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

### LÍMITES AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

#### THE INTER-AMERICAN CONSENSUS AND THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION LIMITS TO THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

*Por Gustavo Antonio Mammoni<sup>2</sup>*  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**Resumen:** El presente trabajo examina dos métodos o alternativas que pueden ser utilizados por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para respetar las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de los Estados que lo conforman: el consenso interamericano y el margen de apreciación nacional. Para ello, se analiza el principio de subsidiariedad y sus dimensiones –material o sustantiva y procesal–, el consenso internacional –especialmente su alcance– y el margen de apreciación nacional. Luego se estudia la aplicación de los aludidos métodos por los tribunales supranacionales –tanto en el sistema europeo como en el interamericano–, y finalmente se exponen las conclusiones, ponderando algunas experiencias nacionales en la jurisprudencia de sus superiores tribunales.

**Palabras clave:** Declaración de Asunción, soberanía nacional, principio de subsidiariedad o complementariedad, comprensión uniforme

---

<sup>1</sup> El presente trabajo toma como base la exposición realizada en el Encuentro Institucional y Académico que tuvo lugar en la ciudad de Asunción, Paraguay, los días 14 y 15 de septiembre de 2023, bajo el título "Riesgos y desafíos de la democracia global", organizado por el Instituto para el Desarrollo Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, el Congreso nacional de Paraguay, el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y los programas jurídicos de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia (Italia). Le agradezco especialmente al Prof. Dr. Jorge Alejandro Amaya la generosa invitación a participar como expositor en dicho Encuentro.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Especialista en Derecho Tributario (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación). Profesor de grado y posgrado e invitado en distintas Universidades públicas y privadas. Autor de publicaciones de la especialidad. Asesor y consultor técnico jurídico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3372-1582>. Correo electrónico: gmammoni@yahoo.com.ar

**Abstract:** This paper examines two methods or alternatives that can be used by the organs of the Inter-American Human Rights System to respect the political, economic, and social realities of each of the States that make up the System: inter-American consensus and the national margin of appreciation. To this end, the principle of subsidiarity and its dimensions –material or substantive and procedural–, international consensus –especially its scope– and the national margin of appreciation are analyzed. Then, the application of these methods by Supranational Courts –both in the European and Inter-American systems– is studied, and finally, conclusions are presented, weighing some national experiences in the jurisprudence of their Superior Courts.

**Keywords:** Asuncion Declaration, national sovereignty, principle of subsidiarity or complementarity, uniform understanding

## I - INTRODUCCIÓN

La implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y la labor desarrollada por sus órganos ha sido de fundamental importancia para garantizar y consolidar los derechos humanos en toda América, en especial, para que la casi totalidad de los países que forman parte de la Organización de los Estados Americanos transiten de regímenes autoritarios a gobiernos civiles –especialmente a finales del siglo pasado–.

Sin embargo, a partir del año 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adoptó una serie de decisiones vinculadas al SIDH<sup>3</sup> que han sido observadas muy atentamente por los Estados que integran el sistema y, en algunos casos, directamente cuestionadas, originando que cinco países<sup>4</sup> suscriban en Asunción, Paraguay, un documento denominado “Declaración sobre el SIDH”.

A raíz de ello, en el presente trabajo se abordan y proponen distintas alternativas o mecanismos que pueden ser utilizados por los órganos del SIDH para respetar las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de los Estados que conforman el sistema, en especial, frente a su específico planteo por los países que suscribieron la “Declaración sobre el SIDH” en Asunción.<sup>5</sup>

En el análisis debe tenerse presente que los Estados siguen siendo la estructura ele-

---

<sup>3</sup>Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 154; “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nro. 238; “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 20 de marzo de 2013; Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017; entre otros.

<sup>4</sup>Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay. El 11 de abril de 2019, los representantes permanentes ante la Organización de Estados Americanos (OEA) de dichos países entregaron el documento al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

<sup>5</sup>Véase el tratamiento de los desafíos que dicha declaración conlleva, en Amaya (2023, p. 415 y ss.).

mental e irreductible desde la que se construyen las relaciones internacionales y su ordenamiento jurídico (Jiménez Piernas, 2011), que incluye, claramente, el derecho internacional de los derechos humanos

En virtud de lo expuesto, es posible apreciar que el respeto a las distintas realidades nacionales se vincula estrechamente con la soberanía de los Estados. Claro está que no puede hablarse hoy, sin más, de una soberanía estatal absoluta e irrestricta en los términos en que lo hacía Bodin en 1576, al concebirla como el poder absoluto y perpetuo de una república (Bodin, 1997, p. 47).

En la actualidad, la soberanía estatal se encuentra sometida a distintos límites, que se derivan de las propias constituciones nacionales, de los tratados internacionales que han sido libremente ratificados por los Estados –que restringen también su capacidad interna y soberana de decisión– (García Roca, 2007, pp. 118-119) y del *ius cogens*.<sup>6</sup>

Sin embargo, se aprecia que la soberanía nacional subsiste en un entendimiento moderno del concepto, esto es, con las aludidas limitaciones, y de ella se derivan distintos principios que resultan de aplicación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre los que –entendemos– se encuentra el principio de subsidiariedad –también llamado de complementariedad–.

## II - EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (COMPLEMENTARIEDAD)

En resumidos términos, este principio supone que corresponde a los Estados, en primer lugar, respetar y hacer respetar los derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción, y, solo cuando estos no han brindado una protección adecuada o efectiva, la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia (Santiago, 2020, p. 93).

Su relevancia es tal que la doctrina ha señalado que el de subsidiariedad es uno de los tres principios fundamentales del SIDH (Santiago, 2020), y tiene, además, dos dimensiones:<sup>7</sup>

a) Sustantiva o normativa, que confluye –a nuestro entender– en otro principio denominado de “garantía mínima”. Según él, los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados, constituyendo un mínimo de protección. Así, al referirse la doctrina a este principio de garantía mínima, señala:

A partir de un mínimo definido por un tratado internacional, siempre será posible que el derecho interno o bien otro tratado amplíen el alcance de aquel, es decir, constituyan una norma más protectora; lo que está prohibido es descender el nivel de protec-

<sup>6</sup> Véanse las dificultades para determinar el contenido del *ius cogens* –esto es, la identificación de sus normas– en Gómez Robledo (2003, pp. 167-170).

<sup>7</sup> Véase Santiago (2020, pp. 98-99), con una concepción distinta de la dimensión sustantiva del principio.

ción. Bajo el principio de garantía mínima será lícito para un Estado derogar una norma interna que sea más protectora que la norma internacional, siempre y cuando no se descienda del estándar definido por la norma internacional. (Rodríguez Huerta, 2019, p. 874)

b) Procesal, vinculada a la forma en que operan los órganos internacionales respecto de los estatales. Según esta dimensión, los jueces nacionales intervienen directamente frente a la violación de derechos humanos, pero, en caso de que no se aseguren adecuadamente en sede local los derechos comprometidos, se encuentran habilitados para tomar intervención –de forma subsidiaria– los órganos del SIDH. La necesidad de agotar las distintas instancias nacionales antes de acceder al sistema internacional es una clara consecuencia de la dimensión procesal de este principio, y la propia Corte IDH ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo cual no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”.<sup>8</sup>

El principio de subsidiariedad, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),<sup>9</sup> tienen múltiples fundamentos, pero uno de los principales es garantizar la capacidad de actuación y decisión de los Estados, respetando su soberanía nacional e independencia.

Expuesto ello, es posible destacar que una de las formas de garantizar la autonomía estatal y respetar las idiosincrasias nacionales es a través del consenso internacional.

### III - EL CONSENSO INTERNACIONAL

Para analizar el consenso en el plano internacional, resulta necesario efectuar algunas apreciaciones sobre sus alcances o vertientes.

En una primera vertiente, vinculada al derecho internacional y en un sentido material, es posible afirmar que la creación de normas internacionales –entre ellas, las referidas a los derechos humanos– requiere de un consenso o acuerdo entre Estados, ya sea mediante repetición constante y uniforme de una práctica, que se convierte en costumbre internacional, o por un acuerdo que se plasma por escrito en un convenio internacional. (Bello 1844, p.18).

Por otra parte, en una segunda vertiente –que es la relevante para este trabajo– puede entenderse el consenso como un método de interpretación que permite a los órganos jurisdiccionales internacionales establecer, en un momento determinado, la forma en que la comunidad internacional –a la cual se va a aplicar la norma– entiende el derecho en

---

<sup>8</sup> Corte IDH, “González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 27 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 240, consid. 38. Allí agregó que la Corte no es, por tanto, un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos.

<sup>9</sup> Tanto en el preámbulo como en los artículos 46.1.a y 61.2.

cuestión, permitiéndole –a raíz de ello– establecer si ha existido una violación que genera responsabilidad internacional.<sup>10</sup>

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo este mecanismo, al intervenir un tribunal supranacional –ya sea la Corte IDH o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– en una cuestión planteada ante sus estrados, corresponde que realice una búsqueda que le permita conocer si existe un consenso respecto del sentido y alcance de los derechos humanos involucrados entre los países signatarios del convenio internacional sobre derechos humanos que resulta aplicable al caso.

Ello permite corroborar la existencia de una comprensión uniforme sobre el contenido de los derechos humanos implicados por parte de los Estados sujetos a la jurisdicción del tribunal.

Ahora bien, la primera pregunta que surge es: ¿cómo debe buscarse este consenso? Para arribar a él, estimamos que debe procederse a la comparación de las normas y las prácticas adoptadas en el interior de los Estados que ratificaron el convenio o pacto y se encuentran sometidos a la competencia del tribunal supranacional.

Asimismo, puede recurrirse a las obligaciones internacionales asumidas por dichos Estados en los demás tratados o convenios de los que forman parte –sean regionales o de alcance universal–, destinados a proteger los derechos humanos.

La segunda pregunta que corresponde formular es: ¿por qué se requiere este consenso para resolver las controversias que se plantean en la instancia supranacional? Básicamente, porque si se parte de una comprensión uniforme respecto de la definición y el alcance de los derechos humanos involucrados en un caso por parte de los países signatarios de la Convención, se pueden establecer estándares para juzgar las conductas estatales contrarias a ellos y determinar, a partir de allí, si les cabe responsabilidad internacional por su actuación.

De esta forma, se contemplan y preservan las distintas realidades jurídicas, sociales y culturales de los distintos países, logrando un equilibrio entre el respeto a la soberanía de los Estados y la intervención de los aludidos tribunales supranacionales.

Se advierte, claro está, que no resulta sencillo determinar la existencia de un consenso entre los Estados que integran un sistema regional.

A raíz de ello, es posible realizar una tercera pregunta: ¿cuándo debería entender el tribunal supranacional que hay consenso entre los Estados? Lo cual permite realizar una pregunta adicional: el consenso ¿constituye la comprensión uniforme de algunos pocos, de la mayoría o de todos los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Un completo análisis y desarrollo de las respuestas posibles a estas dos preguntas excedería el objeto del presente estudio, pero consideramos que el criterio del consenso

---

<sup>10</sup>En lo sustancial, véase Benavides Casals (2009, p. 298).

de la mayoría de los Estados se impone, no sin problemas, especialmente frente a los países cuya comprensión del contenido y alcance de los derechos humanos involucrados difiere del resto.

Ahora bien, una pregunta operativa surge también luego de definir el consenso como la comprensión uniforme de la mayoría de los Estados: ¿cómo puede el tribunal hacer esta comparación entre los Estados para comprobar la existencia de un consenso? Estimamos que la forma de realizar esta comparación no debería ser demasiado compleja, y, según se advertirá, la Corte IDH la ha utilizado en diversas oportunidades.

Una primera alternativa para realizarla es a través de la adopción de distintas medidas por parte del tribunal, especialmente mediante las diligencias probatorias de oficio previstas en su propio reglamento (para el caso de la Corte IDH, art. 58, en especial en sus incisos a, b y c), pudiendo incorporar el resultado de dicha actuación –especialmente la comparación entre los países– en la sentencia.

También la prueba pericial ofrecida por las partes puede llevar a comprobar la existencia o ausencia del consenso en cuestión.<sup>11</sup>

Distinta es la situación si el tribunal recurre, para evaluar si hay consenso, a las obligaciones internacionales asumidas en los demás tratados o convenios vinculados a los derechos humanos –sean regionales o universales– suscriptos por los Estados que conforman el sistema. Ello no requeriría de medidas probatorias adicionales para lograr tal comprobación.

Una vez establecida la existencia de un consenso regional, y habiendo determinado que existe una comprensión uniforme entre los Estados que integran el sistema sobre el contenido y alcance de los derechos humanos involucrados, no se advierten –a nuestro criterio– mayores obstáculos para la solución que debe darse a la cuestión por el tribunal supranacional, comprobando a raíz de ello la existencia –o no– de la vulneración de tales derechos y, en su caso, la responsabilidad internacional.

En este punto, resulta necesario aclarar que existe un núcleo duro de derechos humanos respecto de los que difícilmente haya diferencias en el entendimiento o comprensión por parte de los distintos Estados en cuanto a su contenido y alcance.

#### IV - EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Expuesto ello, ¿qué sucede cuando no es posible encontrar un consenso o comprensión uniforme sobre el contenido de los derechos humanos en los distintos países signa-

---

<sup>11</sup> Véase la resolución de la presidenta de la Corte IDH del 11 de diciembre de 2020 en el caso "Ríos Avalos y otro vs. Paraguay", especialmente lo decidido en el punto 1.c de la parte resolutive, al aceptar la declaración del perito propuesto por el Estado, Dr. Jorge Alejandro Amaya, sobre el juicio político previsto para jueces y juezas de las máximas instancias judiciales, conforme a las normas constitucionales de la región y su compatibilidad con las garantías del debido proceso.

tarios de algún convenio internacional sobre derechos humanos? A falta de consenso, resultará de aplicación la doctrina del margen de apreciación nacional. Ello es así, toda vez que la ausencia de un consenso de los Estados que integran el sistema permite una deferencia hacia la interpretación brindada por los propios países a los derechos en cuestión.

¿Qué se entiende por la doctrina del margen de apreciación nacional? La idea básica y resumida es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos (García Roca, 2007, p. 122), discrecionalidad que se encuentra sujeta a supervisión del tribunal supranacional.<sup>12</sup>

Su origen se encuentra en el sistema europeo de derechos humanos y se remonta al Consejo de Estado francés (Díaz Solimine, 2020, p. 113), pero el Tribunal de Estrasburgo la ha desarrollado con perfiles propios.

Advirtiendo su utilización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una pregunta fundamental que se presenta es: la doctrina del margen de apreciación nacional ¿se encuentra receptada expresamente en el Convenio Europeo? Sobre este punto, la doctrina destaca que

no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios... Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, que es inherente a una protección internacional y debe lógicamente producirse después de la interna y en defecto de la misma. (García Roca, 2007, p. 121)

En relación con los fundamentos de esta doctrina, se han expuesto dos principales, que pueden sintetizarse de la siguiente forma: la autolimitación (*self-restraint*) propiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para no actuar fuera de la competencia que se le ha asignado (esto es, *ultra vires*); el principio de subsidiariedad que caracteriza al sistema regional de protección de los derechos humanos. Agrega la doctrina sobre este último argumento que "un juicio sabio y constitucionalmente adecuado demanda conocer la realidad fáctica y normativa que se juzga y ello exige proximidad e inmediatez y conocimiento del Derecho nacional" (García Roca, 2007, p. 129), pero con un imprescindible, complementario, subsidiario, lejano e independiente control del tribunal supranacional.

Sin embargo, estimamos que el principal fundamento de la doctrina del margen de

---

<sup>12</sup> Véase el caso "Handyside vs. The United Kingdom", 7 de diciembre de 1976, Serie A, Nro. 24. Un concepto más elaborado de la "doctrina del margen de apreciación nacional" la caracteriza como el espacio o la capacidad de actuación que se les concede a los Estados, por parte de los tribunales supranacionales, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por ellos, vinculadas especialmente a los convenios sobre derechos humanos, ponderando la diversidad propia de cada país y los derechos humanos involucrados en el caso.

apreciación nacional radica en el respeto a las distintas realidades políticas, económicas, sociales y jurídicas de cada uno de los Estados que conforman el sistema regional, o, lo que es lo mismo, el respeto a las diferencias nacionales y, en definitiva, a su soberanía.

## V - SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES

Veremos ahora, brevemente, cómo han sido utilizados estos mecanismos –consenso y margen de apreciación nacional– por los tribunales supranacionales.

### El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH se aprecia que ha receptado el mecanismo del consenso –denominado *common European approach*<sup>13</sup>– y, a falta de él, ha acudido a la doctrina del margen de apreciación nacional.<sup>14</sup>

En lo atinente al margen de apreciación nacional, señala la doctrina en un estudio realizado sobre el tema que

para 1998... había sido usado un total de setecientas veces, cifra elevada para entonces, si se considera que más del 91 % de los casos resueltos por el TEDH dataron de 1998 a 2011. Este dato cuantitativo, y su empleo en una gran cantidad de sentencias cualitativamente trascendentes para Europa, permite afirmar que el margen de apreciación es uno de los pilares jurídicos fundamentales sobre los que reposa el SEDH. (Díaz Solimine, 2020, p. 112)

Mediante la utilización del mecanismo del consenso y, en su defecto, de la doctrina del margen de apreciación nacional, se respeta el pluralismo y la diversidad política, social, cultural y jurídica que existe entre las naciones europeas.<sup>15</sup>

No desconocemos que, en algunos supuestos, el TEDH ha buscado las soluciones a los conflictos utilizando otros estándares, como ha sucedido en el caso “Goodwin c. Reino Unido”<sup>16</sup>, donde la Gran Cámara hizo prevalecer la tendencia internacional continua (*international trend*)<sup>17</sup> ante la falta de consenso europeo. También el Tribunal ha invo-

<sup>13</sup> Cf. Pascual Vives (2014, pp. 113-153), en lo referente a las reclamaciones planteadas contra el Reino Unido por transexuales solicitando el reconocimiento de determinados derechos, analizando en la nota 73, en particular, el derecho a modificar su inscripción registral de nacimiento (“Rees v. United Kingdom”, 17 de octubre de 1986, §§ 37 y 44, Serie A, Nro. 106), el derecho a contraer matrimonio tras haberse sometido a una operación de cambio de sexo (“Cossey v. United Kingdom”, 27 de septiembre de 1990, §§ 37, 40 y 46, Serie A, Nro. 184) y el derecho a ser registrado civilmente como progenitor de una menor (“X, Y and Z v. United Kingdom” (GC), 22 de abril de 1997, §§ 47-48, Nro. 21830/93”.

<sup>14</sup> Pascual Vives (2014), nota 86, causas del TEDH “T. v. United Kingdom”, §§ 71-72 y 75, Nro. 24724/94; y “V. v. United Kingdom”, §§ 73-74 y 77, Nro. 24888/94, ambas del 16 de diciembre de 1999.

<sup>15</sup> Cf. en lo sustancial y respecto de la doctrina del margen de apreciación nacional, García Roca (2007). En la página 130 insiste en que, a su juicio, “la verdadera justificación racional de la doctrina radica en la primera razón: la disparidad cultural de las diversas comunidades políticas nacionales; un pluralismo de base territorial sobre el que se asienta una común cultura europea aún de mínimos”.

<sup>16</sup> TEDH, “Christine Goodwin v. United Kingdom” (GC), 11 de julio de 2002, §§ 91-93, Nro. 28957/95.

<sup>17</sup> Pascual Vives (2014): “El proceso de integración europea, amén del tratamiento más favorable dispensado a los

cado varios instrumentos convencionales de alcance regional, creados en el seno del Consejo de Europa, como sucedió con el Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales (Nro. 157). Según se afirma acertadamente (Pascual Vives, 2014), la entrada en vigor del tratado y el número de ratificaciones recibidas, como puso de relieve la Gran Cámara del Tribunal de Estrasburgo en "X y otros c. Austria"<sup>18</sup>, representan dos elementos esenciales para concluir que el mismo refleja puntos comunes u opiniones compartidas entre los Estados europeos en la actualidad (*common ground among European States at present*).

### La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia de consenso o comprensión uniforme de los derechos humanos por parte de los Estados integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible advertir que la Corte IDH ha resuelto con prescindencia y, en algunas oportunidades, destacando la falta de consenso entre los Estados que conforman el sistema.

La Corte IDH hizo expresa referencia al consenso general en el caso "Claude Reyes y otros c. Chile", al señalar que existía "un consenso general de los Estados que integran la Organización de Estados Americanos" sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección; un consenso que había sido "objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA".<sup>19</sup>

Sin embargo, en el caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile"<sup>20</sup>, la Corte incluyó la discriminación por razón de la orientación sexual dentro de las categorías protegidas por el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el principio general de no discriminación; aunque admitió, en su sentencia, la ausencia de un consenso entre los Estados partes de la CADH sobre el contenido del concepto de familia en el sistema regional americano. Idéntico criterio –contrario al consenso– expuso en uso de su competencia consultiva en la OC-24/17.<sup>21</sup>

---

transexuales en otros Estados de la Commonwealth y de lo estipulado en la Recomendación 1117 (1989) sobre la condición de los transexuales, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de septiembre de 1989, actuó como el verdadero catalizador de esa 'international trend' y allanó el camino para que la Gran Sala modificara su doctrina basándose en la existencia de un *consensus generalis* en el seno de la UE" (pp. 131-132).

<sup>18</sup> TEDH. "X and others v. Austria" (GC), 19 de febrero de 2013, § 150, Nro. 19010/07.

<sup>19</sup> Corte IDH, "Claude Reyes y otros c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", 19 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 151, párr. 78.

<sup>20</sup> Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas", 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 239, párr. 92.

<sup>21</sup> En el párrafo 83 sostuvo: "Por último, resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana".

De lo expuesto se advierte, entonces, que en los casos en que no existe consenso es la propia Corte IDH quien se encarga de definir el contenido –sentido y alcance– de los derechos humanos contemplados en los instrumentos normativos internacionales.

Por otra parte, la Corte IDH ha rechazado –también– la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, que, según se expuso, resultaría utilizable frente a la ausencia de consenso.

## VI - CONCLUSIONES

Existe un núcleo duro de derechos humanos respecto de los que difícilmente haya diferencias en la comprensión en cuanto a su contenido y alcance por parte de los distintos Estados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, respecto de muchos otros derechos humanos<sup>22</sup> resulta necesario encontrar aquellos puntos –aunque sea un piso mínimo común– en los que existe un consenso sobre el entendimiento que los Estados integrantes del SIDH tienen respecto del sentido y alcance de aquellos. Este consenso interamericano debe buscarse y reconocerse por los órganos del SIDH, más no imponerse forzosamente, como se ha intentado en alguna oportunidad –especialmente en el Sistema Interamericano–.

Al respecto, estimamos que la Corte IDH debería aprovechar la exitosa experiencia del TEDH en la utilización de distintos mecanismos para la resolución de conflictos. Así, podría aplicar como parámetro la comprensión uniforme que tienen los Estados sobre los derechos humanos involucrados y, ante la falta de un consenso, utilizar el margen de apreciación nacional.

Es claro que el sistema es perfectible, pero no beneficia al SIDH que la Corte IDH defina unilateralmente el contenido y alcance de determinados derechos humanos y lo intente imponer forzosamente a los Estados cuando no existe consenso; por el contrario, lo perjudica.

A su vez, resulta necesario reeceptar la doctrina del margen de apreciación nacional en el SIDH y definir con gran precisión sus alcances, para que no pueda ser utilizada arbitrariamente, siendo esta, tal vez, una de las mayores críticas formuladas sobre el tema por la doctrina europea al TEDH.

De todo lo expuesto se deduce que, a mayor consenso entre los Estados sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, menor será el margen de apreciación nacional.

Lo desarrollado hasta aquí cobra fundamental relevancia si la Corte IDH pretende, a través de los casos concretos, producir estándares generales interamericanos sobre el contenido de los derechos humanos –receptados en los pactos y convenciones– e im-

---

<sup>22</sup>Se pueden enumerar, no taxativamente y según la experiencia europea, la imparcialidad de un tribunal, la investigación sobre paternidad, el velo religioso, el divorcio, la sindicación, la utilidad pública de una expropiación o la configuración legal del sufragio, el matrimonio de personas del mismo sexo y la expulsión de extranjeros, solo por mencionar algunos.

ponerlos a los Estados que no han sido parte del conflicto<sup>23</sup>, interpretación que, a nuestro entender, no encuentra sustento normativo en la CADH, según lo ha destacado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.<sup>24</sup>

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se pretende forzar una interpretación de los derechos humanos por un tribunal supranacional, sin reparar en la falta de consenso o soslayando las distintas realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales que sustentan el margen de apreciación nacional? ¿Es posible imponer a los distintos países una única e inflexible definición y contenido de los derechos humanos contemplados en los pactos y convenciones, sin reparar en las particularidades de cada uno de los Estados? En otros términos, ¿pueden resolver los tribunales supranacionales de espaldas a los Estados que suscribieron los pactos y convenciones sobre derechos humanos? La experiencia indica que no.

Puede citarse como ejemplo lo acontecido en Europa en los años setenta del siglo pasado, cuando el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea –, cuya jurisdicción vino determinada por los tratados suscriptos en virtud de cláusulas constitucionales habilitantes, tuvo una interpretación extensiva de las competencias comunitarias, aplicando la primacía – de forma absoluta – del derecho comunitario.<sup>25</sup> Ello originó como reacción que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TFCA) ideara el denominado “método Solange” para evitar un conflicto de jurisdicciones, conservando un área de reserva propia, denominada identidad constitucional nacional e inmune a las interpretaciones del tribunal supranacional.

Esta doctrina del TFCA,<sup>26</sup> que se encuentra plenamente vigente, ha sido utilizada también respecto del TEDH.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 20 de marzo de 2013, párr. 69.

<sup>24</sup> Véanse al respecto los fundamentos expresados en la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso “AA. BB. –Denuncia– Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.831”, IUE 2-109971/2011, sentencia 20 del 22 de febrero de 2013, especialmente considerando III.a, donde destacó: “Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutoria de la sentencia o resolución de la Corte IDH... Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano”.

<sup>25</sup> Cf. Pizzolo (2017, p. 81).

<sup>26</sup> Se inicia con el caso “Solange I” (29/05/1974), sigue con “Solange II” (22/10/1986), “Maastricht Urteil” (12/10/1993), “Banana Market” (7/06/2000), “Lisboa” (30/06/2009), “Honeywell” (6/07/2010), hasta la más reciente y fundamental decisión, pronunciada en el caso “Weiss y otros” (5/05/2020), donde resolvió que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Banco Central Europeo (BCE) actuaron fuera del ámbito de sus competencias –es decir, *ultra vires*– en relación con el programa de compra de deuda del sector público (Public Sector Purchase Programme) lanzado por el BCE en 2015, declarando inaplicable en Alemania una sentencia del TJUE, dictada en 2018 en el asunto Weiss.

<sup>27</sup> En la sentencia “Görgülü”, del 14 de octubre de 2004 (2 BvR 1481/04), donde la Sala Segunda del TCFA, luego de un detallado análisis (párrs. 29 a 62), arriba a esa conclusión, siempre que no dé lugar a una restricción o reducción de la

Por su parte, la Corte Constitucional de Italia elaboró la doctrina jurisprudencial de los *contralímites* (*controlimiti*)<sup>28</sup> y su concepto derivado, la *identidad constitucional*, que reivindica la primacía de los principios fundamentales del orden constitucional italiano y de los derechos inviolables de las personas garantizados por la Constitución, haciéndolos impermeables a la penetración comunitaria y garantizando la revisión judicial por dicha Corte para verificar su compatibilidad.<sup>29</sup>

De idéntica forma y respecto de la Corte IDH, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto"<sup>30</sup> – dictado en virtud de la decisión recaída en autos "Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina"<sup>31</sup> – destacó la existencia de una esfera de reserva soberana que se encuentra "delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad" (consid. 16).

Recientemente, en la causa "Escalante, Esteban Iván"<sup>32</sup>, la Corte Suprema expresó que correspondía sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional, en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, "siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental"<sup>33</sup>.

Se advierte que, en los casos en que los tribunales supranacionales resuelven sin contemplar ni ponderar las realidades políticas, jurídicas, sociales y culturales de los Estados, el sistema se resquebraja. La "Declaración sobre el SIDH" –aludida en el inicio del presente trabajo– que hicieron en Asunción en 2019 cinco países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es una clara prueba de ello.

---

protección de los derechos fundamentales. Disponible en: [http://www.bverfg.de/e/rs20041014\\_2bvr148104fr.html](http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104fr.html). Esta posición fue reiterada por el TCFA en la decisión de la Segunda Sala, del Segundo Senado, el 4 de febrero de 2010 (2 BvR 2307/06), donde sostuvo (párr. 21) "que los tribunales alemanes deben observar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos como cualquier otra ley federal dentro del marco de una interpretación metodológicamente justificable... las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos influyen en la interpretación de los derechos fundamentales y los principios del estado de derecho de la Ley Fundamental. El texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden servir como ayudas interpretativas a nivel de derecho constitucional, para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la Ley Fundamental". Disponible en: [http://www.bverfg.de/e/rk20100204\\_2bvr230706.html](http://www.bverfg.de/e/rk20100204_2bvr230706.html)

<sup>28</sup> Véase el desarrollo del tema en Amaya (2020, p. 205 y ss.).

<sup>29</sup> La jurisprudencia de la Corte italiana se inicia con el caso "Frontini" (27/12/1973, sentencia nro. 183/1937), y continúa con las causas "Granital" (8/06/1984, sentencia nro. 170/1984), "Fragd" (21/04/1989, sentencia nro. 232/1989), "S.F., A.M. y otros" (22/10/2014, sentencia nro. 238/2014), "MAS y MB" (10/04/2018, sentencia nro. 115/2018), entre otras. Véase el comunicado de prensa emitido por la Corte el 31 de mayo de 2018 bajo el título "Fraude y prescripción de la UE: La 'Regla Taricco' es inconstitucional por contraste con el principio de determinación en materia penal".

<sup>30</sup> CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14 de febrero de 2017, fallos 340:47.

<sup>31</sup> Corte IDH, "Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas", 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nro. 238, párr. 105 y punto 2 de la parte dispositiva.

<sup>32</sup> CSJN, "Escalante, Esteban Iván y otros s/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el abuso sexual con acceso carnal y con el delito de privación ilegítima de la libertad", 12 de agosto de 2022, fallos 345:647, consid. 6°, párr. 2°.

<sup>33</sup> Fallos 340:47, consid. 11 del voto de la mayoría y 5° del voto del juez Rosatti.

Esto implica, a nuestro parecer, que la Corte IDH debe buscar los puntos de convergencia entre los distintos países que integran el SIDH para lograr un consenso interamericano respecto del contenido de los derechos humanos, y, a falta de él, receptar la doctrina del margen de apreciación nacional, a fin de evitar que el sistema pueda evidenciar signos de fractura.

## REFERENCIAS

- AMAYA, J. A. (2020). Teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿A dónde vamos? *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 17 (50). Universidad Nacional de La Plata.
- AMAYA, J. A. (2023). *Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Astrea.
- BELLO, A. (1844). *Principios de derecho de gentes*. Librería de la Sra. Viuda de Calleja e Hijos.
- BENAVIDES CASALS, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 15 (1).
- BODIN J. (1997). *Los seis libros de la República* (3<sup>ra</sup> ed.). Tecnos.
- DÍAZ SOLIMINE, I. L. (2020). El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En I. L. Díaz Solimine (dir.), *El margen nacional de apreciación*. Astrea.
- GARCÍA ROCA J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). *El ius cogens internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2011). El Derecho Internacional Contemporáneo: una aproximación consensualista. [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXVII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2010\\_Carlos\\_Jimenez\\_Piernas.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVII_curso_derecho_internacional_2010_Carlos_Jimenez_Piernas.pdf)
- PASCUAL VIVES, F. (2014). Consenso e interpretación evolutiva de los Tratados Regionales de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/2.
- PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de intérpretes finales*. Astrea.
- RODRÍGUEZ HUERTA, G. (2019). Comentario al Artículo 29 de la CADH. En C. Steiner y C. Fuchs, (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2<sup>a</sup> ed.). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- SANTIAGO, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.