El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo

Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz

Leonardo G. Filippini*

I. En contra de los usos autoritativos del derecho extranjero e internacional

En su artículo “*En contra de los préstamos...*”¹ Carlos Rosenkrantz critica el uso autoritativo de materiales jurídicos extranjeros por parte de los tribunales nacionales. A fin de precisar sus argumentos, Rosenkrantz propone una utilización acotada del término préstamo y con él alude a “la decisión de usar derecho extranjero basada, al menos parcialmente, sobre la autoridad que el derecho extranjero tiene en su jurisdicción de origen”². Sin embargo, Rosenkrantz no sólo critica los préstamos en el sentido que él mismo define, sino que extiende esas observaciones a la incorporación de los tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional en 1994. Esta breve nota cuestiona esa expansión de la crítica de Rosenkrantz³ pues, a diferencia de los préstamos, el derecho internacional de los derechos humanos de la Constitución no es derecho extranjero y ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como resultado de una deliberación nacional previa⁴.

Rosenkrantz describe la relevancia que el derecho extranjero ha tenido en el desarrollo constitucional de la Argentina —en especial el derecho de los EE.UU.— y ofrece distintas razones por las cuales, a su juicio, los préstamos deben ser resistidos. Sin embargo, como ya he indicado, no se refiere solamente al derecho extranjero sino que su descripción del

* Abogado, UBA '98; Master en Derecho UP '04; LL.M. '06 y J.S.D. (candidato) Yale Law School. Agradezco a Julieta Rossi, Natalia Volosin y Sebastián Elías las observaciones a este trabajo.

1. Carlos F. Rosenkrantz, “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, (2003) pp. 269-295. En adelante, “Against Borrowings”. Hay traducción al español, “En contra de los ‘Préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, número 1 (2005). Las referencias que incluyo en el texto son traducciones propias al trabajo original en inglés.

2. “Against Borrowings”; punto 1, p. 270.

3. Dos trabajos critican otros aspectos de la posición de Rosenkrantz sobre los préstamos. Martín Böhmer defiende la originalidad del proyecto constitucional argentino y critica la falta de atención de Rosenkrantz sobre el proceso deliberativo que se da en el momento de la aplicación normativa; ver “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”. Roberto Gargarella, por su parte, rechaza la idea según la cual un uso autoritativo del derecho de otro país pone en crisis nuestra identidad constitucional; ver “Injertos y rechazos: Radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”, nota 2. Ambos trabajos presentados en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2007, San Juan, Puerto Rico.

4. En esta nota me refiero fundamentalmente a la decisión constituyente de incorporar una serie de instrumentos de derechos humanos al texto constitucional de 1994, que es el ejemplo de préstamo que ofrece Rosenkrantz. Mi argumentación no es necesariamente extensiva a la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema que aplicó esos instrumentos o las decisiones de los órganos creados por algunos de esos instrumentos.

universo de materiales prestados incluye los tratados y declaraciones de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución. Rosenkrantz afirma que frente a las violaciones de derechos humanos cometidas en los '70 y al comienzo de los '80, una gran mayoría de los miembros de la Convención Nacional Constituyente de 1994 votó la incorporación al texto constitucional de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos con una finalidad expresiva⁵. En sus palabras: “Argentina incorporó derecho extranjero por un propósito, en su conjunto, expresivo. Utilizó los ‘préstamos’ a fin de manifestar su adhesión a las mismas restricciones al poder gubernamental que caracterizaban al derecho extranjero o internacional que adoptó”⁶. En sustento de esta afirmación, Rosenkrantz cita un fragmento de la intervención de la convencional constituyente Alicia Oliveira durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1994, en el cual ella dijo que la historia argentina estaba “condensada en la expresión ‘Nunca Más’ y que para garantizar que esto fuese así “deb[íamos] otorgar jerarquía constitucional a los principios *ius humanitarios*”⁷.

Rosenkrantz concede que, tal como algunos autores han enfatizado, “razones expresivas pueden a veces explicar y justificar ciertos ‘préstamos’”⁸ y dice que el argumento expresivo, individualmente o junto a otros argumentos, es persuasivo y podría convencernos de que la práctica de los préstamos es plausible⁹. Sin embargo, a su juicio, la falta de deliberación previa a la conformación de la norma afecta a todos los argumentos que podrían justificar los préstamos¹⁰. Rosenkrantz llama a esta deficiencia el “problema de la validación”¹¹ y la presenta del siguiente modo:

Si aceptamos la idea de que se espera que cumplamos con la ley sólo cuando ella es el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar el préstamo constitucional simplemente porque éste consiste, en esencia, en deferir a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción conciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en los cuales los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no estamos relacionados políticamente, y que no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que hace que el préstamo constitucional sea incompatible con el principio según el cual la coerción sólo

5. “Against Borrowings”; punto 3.4, pp. 280-281.

6. “Against Borrowings”; punto 3.4 p. 281.

7. “Against Borrowings”; punto 3.4, pp. 280-281. La transcripción de la Asamblea Constituyente dice: “Esta historia quedó condensada en la frase “Nunca más”, y para asegurar ese nunca más debemos dar jerarquía constitucional a los principios *jus humanitarios*”.

8. “Against Borrowings”; punto 3.4, p. 280.

9. “Against Borrowings”; punto 4, p. 282. Los otros argumentos que considera, además del expresivo, son los que denomina genealógico, contextual, y procedimental.

10. “Against Borrowings”; punto 4, pp. 283-286.

11. “Against Borrowings”; punto 4, p. 283.

puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva y, por lo tanto, es imposible de validar en el contexto de una democracia constitucional¹².

Mi comentario tiene tres partes. Primero, marcaré una distinción entre el derecho internacional y el derecho extranjero que no aparece en el trabajo de Rosenkrantz. En segundo lugar, mostraré que hay bastante espacio para relativizar la reconstrucción de acuerdo con la cual Argentina incorporó los instrumentos de derechos humanos a su Constitución con un propósito expresivo. En tercer lugar, mostraré por qué estas dos cuestiones son relevantes y por qué la incorporación de una serie de instrumentos de derechos humanos a nuestra Constitución no merece las críticas que Rosenkrantz hace a los préstamos del derecho extranjero, del modo en que él las ha presentado.

II. El derecho internacional no es derecho extranjero

En contra de lo que sugiere Rosenkrantz, no creo que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución en 1994 merezcan la caracterización que él hace de los préstamos. Esos instrumentos internacionales no son la cristalización de una “decisión colectiva tomada por otro”, sino de una decisión de nuestra propia comunidad política. Tampoco podemos afirmar que “no estamos relacionados políticamente” con quienes conformaron esas normas, ni que la incorporación de los tratados implica la “deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros”, o que sólo la voluntad de un tribunal de justicia acuerda autoridad a estas normas. A ello se suma de modo ostensible que nuestro régimen de derecho positivo constitucional y legal no equipara al derecho internacional de los derechos humanos al derecho extranjero¹³.

La decisión de incorporar un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución en 1994 es el resultado de un proceso deliberativo autóctono. En primer lugar, la formación de cada uno de los instrumentos a los que se otorgó jerarquía constitucional no es totalmente ajena a nuestros procesos deliberativos. Gobiernos argentinos democráticos de distinto signo político y a lo largo de varias décadas han participado en la redacción de los tratados e instrumentos que hoy se encuentran incorporados en la Constitución. Los instrumentos multilaterales en cuestión, evidentemente, no son un producto enteramente nacional, en la medida en que de suyo implican la voluntad de otras comunidades políticas para perfeccionarse. Está claro, además, que la dinámica de creación del derecho internacional exige un enfoque diverso de los que usamos al enfrentarnos a los procesos de formación del derecho nacional¹⁴. Sin embargo, los instrumentos de derechos humanos de la Constitución tampoco resultan por ello, de

12. “Against Borrowings”; punto 4, p. 285.

13. No me detendré sobre este punto dado que las diferencias son conocidas. Mi impresión es que el enfoque de Rosenkrantz tampoco da cuenta de la situación en nuestro derecho positivo.

14. Para un trabajo reciente explorando los procesos de formación del derecho internacional en diversas áreas, ver ALAN BOYLE Y CHRISTINE CHINKIN, *THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW*, Oxford: Oxford University Press (2007).

modo necesario, “la decisión de otro”. Incluso cuando en algunos casos el aporte argentino durante la elaboración de la norma internacional pueda haber sido menos determinante que el de otros Estados, la afirmación según la cual los instrumentos son el resultado de una decisión colectiva tomada por otro no es una descripción adecuada, en tanto no da cuenta del aporte nacional, por modesto que sea, a un proceso colectivo. Al contrario, en todos los casos en los que los representantes legítimos de nuestra comunidad política han participado en la elaboración y finalmente firmado acuerdos con otros Estados debemos concluir que, en principio, el producto no puede nunca sernos completamente ajeno.

Otras normas del derecho internacional distintas de las de fuente convencional —que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados— parecen más problemáticas frente a la pregunta acerca del proceso de deliberación previo a su conformación. En efecto, la “costumbre internacional”, los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”¹⁵, parecen autorizar la idea de que el derecho internacional puede operar aun en ausencia de la participación del Estado durante el proceso de elaboración normativa. Sin embargo, Rosenkrantz no se refiere a estas normas del derecho internacional, sino a la incorporación de tratados y declaraciones expresamente adoptados por el Estado argentino conforme a los procedimientos constitucionales.

En segundo lugar, la aprobación de los tratados en Argentina por las dos cámaras legislativas y la decisión constituyente de 1994 de incorporar una serie de tratados y declaraciones a nuestra Carta Magna confirman la existencia de una deliberación nacional. La aprobación de un tratado es un acto de nuestra legislatura y no existe ningún requisito del derecho internacional que exija un arreglo constitucional como el de 1994, lo que resalta su originalidad¹⁶. Además, como Rosenkrantz reconoce, el problema de la validación “es más difícil en el ámbito de la adjudicación constitucional por parte de los tribunales que en el de la elaboración de constituciones por parte de convenciones constituyentes”¹⁷. Según su planteo, cuando una convención constituyente o una legislatura se expresan, “es el pueblo quien habla, y cuando ellas ‘toman prestado’, es razonable decir que somos nosotros —el pueblo— quien ha tomado prestado”¹⁸, de modo que incluso desde su propia mirada la crítica a la opción del constituyente de 1994 es un caso difícil en contra de los préstamos.

Desde otra perspectiva, a diferencia de lo que ocurre con los préstamos tal como los caracteriza Rosenkrantz, tampoco es cierto que no tengamos relación política con quienes conformaron las normas internacionales que hoy son parte de nuestra Constitución. El

15. Enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

16. Janet Koven Levit observó que la opción de Argentina “es única en Sudamérica y podría decirse que en el mundo.” Janet Koven Levit, “The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?”, 37 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 287, p. 312.

17. “Against Borrowings”; punto 4, p. 285.

18. “Against Borrowings”; punto 4, p. 286.

grueso de los documentos regionales fue ratificado como parte del proceso de transición a la democracia en nuestro país. La Comisión Interamericana jugó un papel crítico durante la dictadura militar, y Argentina es hoy uno de los principales usuarios del sistema interamericano de protección¹⁹. Además, nacionales argentinos ocupan plazas tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰. La afirmación de Rosenkrantz no parece dar debida cuenta del proceso que condujo al cuadro actual. También respecto de los instrumentos universales es difícil negar nuestra relación política con los procesos de creación normativa. Recientemente, un ejemplo claro ha sido el liderazgo argentino para la sanción de una Convención contra la Desaparición Forzada de Personas, pero este episodio no es un hecho aislado. Como explica Kathryn Sikkink, a pesar de que a veces los latinoamericanos sugieren que los derechos humanos son una exportación inapropiada para nuestros países, muchos intelectuales latinoamericanos han sido líderes en la promoción del derecho internacional de los derechos humanos, a través del cual, justamente, intentaron limitar la influencia de los países poderosos sobre los más débiles de la región²¹. Evidentemente, la observación de Sikkink no es concluyente acerca de la efectiva existencia de una deliberación local pero alcanza para mostrar que la negación de todo vínculo es exagerada.

La incorporación de los tratados, además no implica la deferencia absoluta de la última palabra en asuntos constitucionales a otros. De un lado, porque representantes de nuestra propia comunidad política son parte de las deliberaciones internacionales y porque hay muchas instancias de interacción entre los Estados nacionales y los sistemas internacionales que impiden hablar de un traspaso de competencias tan drástico como el que sugiere Rosenkrantz²². Por otro lado, porque la sola idea según la cual la comunidad internacional es un sujeto político tan radicalmente distinto al nuestro al punto de impedir otra alternativa más que considerarnos extraños a él, también es problemática. Parte de la riqueza del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido, precisamente, abrir la posibilidad de concebir derechos fundamentales por encima de las jurisdicciones nacionales²³. En el propio caso argentino los excluidos de nuestra comunidad política fueron, gracias a ello, tratados como sujetos de derechos en una comunidad política más amplia que les reconoció la dignidad personal que se les negaba fronteras adentro. Es cierto que los Estados nacionales

19. Ver Comisión IDH, Informe Anual 2006, Capítulo III, B, Estadísticas. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2006eng/Chap.3.htm#Statistics>

20. Desde el 2006, Víctor E. Abramovich es comisionado de la Comisión IDH y en el 2007, Leonardo Franco asumió como el primer juez argentino de la Corte IDH. Durante varios períodos anteriores Argentina ha tenido un nacional designado como miembro de la Comisión IDH: Genaro R. Carrió (1972-1976); Elsa Kelly (1986-1989), Oscar Luján Fappiano (1990-1997) y Juan Méndez (2000-2003).

21. KATHRYN SIKKINK, *MIXED SIGNALS - U.S. HUMAN RIGHTS POLICY AND LATIN AMERICA*, Ithaca: Cornell University Press - Century Foundation (2004), pp. 26-27.

22. Un análisis de las muchas aristas de esta relación puede verse en AA.VV., *LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL*, del Puerto, Abramovich, Bovino y Courtis (comps.); Buenos Aires: del Puerto (2007).

23. Ver, por ejemplo, Mónica Pinto; "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en AA.VV., *LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL*, cit., pp. 119-121.

parecen seguir siendo los sujetos políticos que mejor acomodan las necesidades deliberativas de las distintas comunidades, pero no existe ningún problema de legitimidad insalvable en su coexistencia con una comunidad internacional. Y aunque aceptemos que las decisiones nacionales pueden representar mejor los intereses de sus propias comunidades, sería un error creer que una decisión se legitima sólo por ser un producto nacional.

Finalmente, y en contraste con la definición acotada de préstamo que Rosenkrantz postula, no sólo los jueces han conferido autoridad a los instrumentos de derechos humanos de la Constitución. Los poderes Ejecutivo y Legislativo —con la firma, aprobación, ratificación y depósito— y el propio constituyente de 1994 han sido los principales actores de este proceso. Incluso las provincias a través de sus propios poderes han adherido a las normas internacionales a las que Rosenkrantz se refiere. En conclusión, ninguna de las notas que según la propia definición de Rosenkrantz caracterizan a los préstamos del derecho extranjero puede predicarse del derecho internacional de los derechos humanos de fuente convencional incorporado a la Constitución. Este cuerpo de normas no es un préstamo ni, como veremos, merece la objeción deliberativa que Rosenkrantz ha presentado.

III. Los motivos del constituyente del 1994

El modo en que Rosenkrantz presenta la visión del constituyente de 1994 acerca de la incorporación de instrumentos de derechos humanos puede ser matizado. Rosenkrantz dice que Argentina incorporó “derecho extranjero” con un propósito “completamente expresivo”. Sin embargo, esto puede ser cierto sólo parcialmente ya que los tratados no sólo consagran aspiraciones. También reflejan la voluntad de una comunidad política de participar en diversos foros internacionales y de someterse efectivamente al escrutinio internacional, incluso bajo la jurisdicción de tribunales internacionales. Es cierto que los órganos de los tratados de derechos humanos pueden hacer poco más que afectar la reputación internacional de los Estados. Con todo, aun por esa vía, los sistemas internacionales han demostrado cierta capacidad de influir sobre las prácticas de los Estados. El compromiso, entonces, no es sólo expresivo y conlleva la posibilidad para el Estado argentino de participar en organizaciones internacionales y de avanzar, a su vez, sus propios intereses sobre otros Estados.

Rosenkrantz no niega en su trabajo la posibilidad de que otras finalidades, además de la expresiva, hayan podido determinar la definición del texto actual de nuestra Constitución. Sin embargo, el foco sobre la motivación expresiva no da debida cuenta de varias otras razones que las autoridades argentinas pudieron tener en mente al adoptar estas normas, primero, y al incorporarlas a la Constitución en 1994. A fin de fundar esta observación, quiero presentar otras razones que también fueron consideradas por la Convención Constituyente. Aunque este ejercicio será incompleto porque me referiré —al igual que Rosenkrantz en su nota— sólo a las intervenciones de algunos convencionales, tal como han quedado documentadas y sin consultar otras fuentes, la lectura de las actas de la Convención Constituyente alcanza para mostrar que la sola referencia a una finalidad expresiva es una descripción incompleta.

La decisión de 1994, por empezar, no carece por completo de antecedentes nacionales y la posibilidad de una estrategia de dos niveles, en la cual un arreglo constitucional permeable al derecho internacional no es una apelación a la autoridad del material extranjero, sino una opción constituyente deliberada y propia fue enunciada explícitamente por Alberdi en sus *Bases*. En clave liberal, Alberdi entendía que los tratados con otras naciones eran otro de los frenos y contrapesos que podrían limitar al poder. La opción por un sistema permeable al derecho internacional, de tal forma, perseguía un interés concreto de limitar efectivamente a las agencias estatales, a través de la creación de un foro externo en el cual deberían rendir cuentas. Así presentadas las cosas, podemos sugerir cierta ilación con la opción de 1994 que sugiere bastante más que la mera expresión de aspiraciones.

Alberdi criticaba ciertos préstamos y reclamaba una política constitucional original: “nuestra política constitucional americana” —decía— “debe ser tan original como es la situación de la América del Sud [...] Mientras la América del Sud no tenga una política constitucional exterior suya y peculiar a sus necesidades especialísimas, no saldrá de la condición obscura y subalterna en que se encuentra”²⁴. Sin embargo, una opinión tan férrea en contra de este tipo de imitaciones no le impedía ser un fuerte promotor del derecho internacional:

XV [...] Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera. Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay. [...]

XXXIV [...] Nuestra política [...] [d]ebe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si ésta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados.

24. Bases, XVIII.

Juan Pablo Cafiero, presidente de la Comisión que presentó la propuesta de jerarquizar los tratados en la Asamblea Constituyente apeló precisamente a la voluntad del constituyente de 1853 y afirmó que “... si muchos constituyentes de ese momento estuvieran sentados aquí, con seguridad utilizarían el verbo de los derechos humanos y el verbo de la jerarquía de los mismos para incorporarlos a la Constitución”²⁵. El informe de Cafiero en la Asamblea Constituyente de 1994 presentó muchos de los argumentos compartidos por sus compañeros del Frente Grande y por los radicales y peronistas, representantes de los partidos entonces mayoritarios. Cafiero dijo que la reforma reflejaba una situación que ya era realidad. A su juicio, se trataba de “introducir lo que ya forma parte de la vigencia sociológica del derecho” y explicó que se había “diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional” a la luz “de la evolución y del progreso” y “de colocar al ser humano en el centro de las actividades”. Agregó que con la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, Argentina no podría “decir ‘no’ a la comunidad internacional o a la relación con otro Estado”. También recordó que la Opinión Consultiva 10 de la Corte IDH interpretó que aun cuando los tribunales otorguen prioridad a la ley nacional, el Estado es responsable internacionalmente por las obligaciones contraídas y destacó que incluso esta interpretación “modesta” había ayudado a cuestionar la reimplantación de la pena de muerte en Perú por ser contraria al Pacto de San José.

Desde otro plano, Cafiero señaló que la Argentina no podía participar de ningún proceso de globalización si no participaba también de un sistema internacional de protección de los derechos individuales²⁶. Asimismo, y al igual que muchos otros constituyentes, se refirió a la dictadura militar de 1976-1983, e incluso aludió a la historia personal de varios de los convencionales durante ese período²⁷. No obstante, consideró que la jerarquía de los tratados tendría no sólo un valor testimonial frente a ese pasado, sino que impactaría de modo profundo sobre el ordenamiento jurídico nacional. Según dijo, “[o]torgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico” y consideró que estos derechos formaban parte ya “de la conciencia colectiva de los argentinos” y que doctrinarios como Bidart Campos apoyaban una solución incluso más ambiciosa que la propuesta.

El constituyente Rodolfo Barra adhirió a esta visión y agregó otros argumentos que también fueron los de la mayoría en la Convención Constituyente. Dijo que Argentina estaba ahorrando “los cuarenta años de discusión que hubo en Europa a partir del Tratado de Roma para consolidar y constituir la Unión Europea”²⁸ y que la norma propuesta seguía el ordenamiento del derecho internacional moderno y del actual derecho

25. Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (continuación), 2 de agosto de 1994; Intervención del convencional Juan Pablo Cafiero, pp. 2828 y ss. Las menciones que siguen corresponden al mismo documento.

26. En una línea similar, enfatizando la necesidad de una integración latinoamericana, la intervención del convencional Estévez Boero, pp. 2914-2920, entre otros.

27. Referencias similares en la intervención de la convencional Alicia Oliveira, pp. 2860-2870; del convencional de Vedia, pp. 2876-2880 y del convencional Llamosas, pp. 2925-2930, entre otros.

28. Intervención del convencional Rodolfo Barra, pp. 2824-2830.

constitucional comparado. Además remarcó que la solución reflejaba la posición del gobierno argentino, a lo largo de varios gobiernos, favorable a la incorporación de esos instrumentos al derecho interno.

Lamentablemente, el debate en la Asamblea Constituyente quedó trunco luego de una fuerte discusión que se generó por la alusión crítica de un convencional al papel del ex Presidente Arturo H. Illia frente al intento del ex Presidente Juan Domingo Perón de retornar al país, durante la presidencia del primero²⁹. La cuestión generó una encendida polémica y, luego de un cuarto intermedio, varios representantes prominentes de los bloques radical y peronista hicieron menciones recíprocas a la tradición democrática de ambas fuerzas políticas, contestaron los comentarios que objetaban el papel de Illia y llamaron a votar, aun sin agotar la lista de oradores. Varias decenas de convencionales, como consecuencia de ello, no llegaron a hacer uso de la palabra³⁰. Las razones principales a favor y en contra de la incorporación de los instrumentos de derechos humanos, sin embargo, fueron suficientemente expuestas en sus aspectos centrales. La mayoría coincidió a favor de la cláusula que finalmente quedó consagrada sobre la base de argumentos como los reseñados de Cafiero y Barra. En contra, se señaló en lo fundamental que el texto propuesto excedía las competencias de la Asamblea Constituyente, pues modificaba la parte primera de la Constitución y que la solución implicaba una indebida cesión de soberanía³¹. Respecto de los contenidos en concreto de los instrumentos que se incorporaban hubo intercambios acerca de las posibles implicancias de los tratados sobre el aborto, el derecho a la reelección de algunos cargos políticos y los derechos de la mujer.

La lectura de las discusiones constituyentes y el incidente relatado dejan dudas acerca de la profundidad con la que fueron analizadas todas las posibles implicancias del arreglo institucional adoptado. Sin embargo, la cuestión central estuvo establecida y todos los convencionales consideraron las implicancias de otorgar rango constitucional a los instrumentos internacionales. La incorporación de tratados y declaraciones fue decidida sobre la base de un juicio original del constituyente argentino que consideró cuestiones tan variadas como las posibles contribuciones de este arreglo a los procesos de integración regional, la historia argentina, la tradición de gobiernos democráticos de distinto signo político, la doctrina, el derecho comparado y hasta las propias experiencias personales frente a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Aquí he

29. El convencional Giordano dijo: "... cuando Perón regresaba a su patria, la nuestra, en una aeronave española, el presidente Illia y el canciller Zavala Ortiz le dieron orden a la Fuerza Aérea de que si no acataba la prohibición de ingreso en el espacio aéreo argentino —el nuestro, el de su patria— el más eminente ciudadano argentino de ese momento, había que derribar ese avión con sus ciento veinte ocupantes"; Convención Nacional Constituyente, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3028.

30. Este relato es una síntesis basada en el acta de la Convención Nacional Constituyente, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3028 y ss.

31. Intervención del convencional Muruzábal (MODIN), Agosto 2, 1994, pp. 2841-2846. Sobre la inalterabilidad de la parte dogmática también el convencional Iriarte (Fuerza Republicana), pp. 2846-2852. En una línea concurrente, el convencional Alsogaray señaló que los derechos humanos "están perfectamente protegidos en la Constitución Nacional de 1853-60", p. 2882.

reseñado muy abreviadamente las posiciones de dos convencionales, pero muchos otros aportaron sus opiniones coincidentes y todos ellos dieron riqueza a la discusión. No todas las razones apuntadas son las mejores posibles, pero no puede negarse que existió una discusión propia que consideró reiteradamente la particularidad de nuestra comunidad política nacional y que tuvo en vista mucho más que propósitos expresivos en la decisión de incorporar los tratados y declaraciones al texto constitucional.

IV. La reforma de 1994 y la crítica a los préstamos autoritativos

He marcado dos diferencias con el texto de Rosenkrantz. Primero, he distinguido entre el derecho internacional de fuente convencional y el derecho extranjero indicando que, más allá de las obvias diferencias de derecho positivo, es incorrecto afirmar que el derecho internacional convencional de los derechos humanos sea el fruto de un proceso deliberativo totalmente ajeno a nuestra comunidad política. En segundo lugar, he analizado las actas de la Asamblea Constituyente a las que Rosenkrantz también acudió con el fin de resaltar dos matices ausentes en su exposición: que la decisión de 1994 fue el fruto de una deliberación nacional y que no respondió únicamente a motivaciones expresivas.

Por sí mismas, estas diferencias son anecdóticas. Sin embargo, creo que son definitivas para rechazar la extensión de las críticas de Rosenkrantz a la incorporación de los instrumentos de derechos humanos a la Constitución. Con las distinciones presentadas, el problema de validación pierde su relevancia, al menos, en los términos en que Rosenkrantz lo ha planteado. Parafraseando su formulación, si se espera que obedezcamos las normas surgidas de la deliberación de la entidad política a la que pertenecemos, entonces deberíamos obedecer el derecho internacional de los derechos humanos incorporado a nuestra Constitución. Podemos disentir en torno a la conveniencia de semejante arreglo institucional, pero en modo alguno se trata de una opción inválida, ni ha resentido nuestra capacidad de elaborar un discurso constitucional propio.

Planteada en otros términos, la cuestión traída por Rosenkrantz podría ser más desafiante para el derecho internacional de los derechos humanos pues él ha identificado correctamente, al igual que ya lo han hecho muchos otros, un motivo de preocupación en el uso del derecho internacional para dirimir cuestiones fundamentales de nuestra vida social. Una extensa literatura viene abordando hace tiempo ya el llamado “déficit democrático del derecho internacional”, según el cual —y en líneas generales de acuerdo con lo que sugiere Rosenkrantz— la formación del derecho internacional presenta problemas frente a las exigencias de una democracia deliberativa³².

En EE.UU., gran parte de esta discusión fue avivada por una cita de la Corte Suprema de ese país a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lawrence*

32. Para una presentación resumida de las discusiones en EE.UU. ver Austen L. Parrish, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, *UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW* 637 (2007), pp. 642-652.

v. *Texas*³³. *Lawrence* fue el primer caso en el cual la opinión de la mayoría de la Corte Suprema de EE.UU. incluyó una decisión del Tribunal Europeo en su texto³⁴. Desde la perspectiva estadounidense, el material europeo era, a la vez, “internacional” y “extranjero” y de allí que para parte de la doctrina que evaluó si esta influencia era justificable la distinción entre fuentes de autoridad internacionales o extranjeras no era relevante. A ello se agrega, la importancia teórica del llamado “excepcionalismo”³⁵ en materia de derecho internacional en los EE.UU. y el hecho de que la cámara de representantes no interviene en la aprobación de los tratados, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país. Este contexto particular, por lo tanto, no es exactamente el nuestro de cara a la discusión acerca de los usos del derecho internacional por parte de las cortes nacionales.

En el caso de Argentina, me atrevería a decir que la discusión introducida por el caso *Ekmekdjian* en 1992 y por la reforma Constitucional de 1994 se hizo especialmente intensa luego del fallo de primera instancia en el caso *Simón* y, en general, con toda la jurisprudencia que ha apelado a normas de derecho internacional para la reapertura de la persecución penal por violaciones a derechos humanos, clausurada por las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y por lo indultos del ex Presidente Carlos S. Menem. Esta serie de casos mostró con claridad cómo leyes e indultos dictados por autoridades nacionales democráticamente electas eran desafiados por fallos judiciales basados, en parte, sobre normas que no habían sido generadas exclusivamente por las autoridades nacionales. Muchos de estos fallos, además, contienen apelaciones directas a la costumbre internacional, a principios del *jus cogens*, o a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos* seguido contra el Perú³⁶. Así como *Lawrence* y otros similares detonaron un profundo debate en EEUU, *Simón* y los demás casos que reabrieron la persecución penal por las violaciones a derechos humanos parecen haber cumplido ese papel en Argentina.

Sin embargo, nuestras preocupaciones no pueden reducirse a una pregunta genérica por la legitimidad del derecho internacional. No creo que el derecho internacional tenga problemas insalvables de legitimidad en su conjunto, ni que sea la mejor opción posible para definir todos los asuntos sensibles. Nuestra indagación debe permitirnos identificar bajo qué condiciones consideramos que una norma es legítima y verificar entonces si alguna de las manifestaciones del derecho internacional aplicable en Argentina satisface esas condiciones. Dentro de este marco, el origen nacional o internacional de una norma puede ser un indicio acerca de la calidad del debate que la precedió. Puede ser correcto

33. Supreme Court of the United States; John Geddes LAWRENCE and Tyron Garner, Petitioners, v. TEXAS. No. 02-102. Argued March 26, 2003. Decided June 26, 2003. Otros casos más o menos contemporáneos de ese tribunal también contienen alusiones a materiales internacionales o extranjeros, por ejemplo, *Atkins v. Virginia*, *Grutter v. Bollinger* y *Roper v. Simmons*.

34. Harold Hongju Koh, “International: Law as part of our law”, 98 AM. J. INT’L L. 43, p. 50.

35. Ver, por ejemplo, MICHAEL IGNATIEFF (ed.), *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS*, Princeton y Oxford: Princeton University Press (2005).

36. Algunas menciones a los problemas de la aplicación del derecho internacional en el fallo *Simón* de la CSJN, en mi trabajo *Tres problemas en la aplicación del derecho internacional en el caso Simón*, en *Revista de Derecho Penal*. Lexis Nexis, Buenos Aires, vol. 2006-3, 2006, pp. 436/447.

considerar que el debate nacional tiende a ser el mejor foro para la expresión de las voces interesadas, pero de ello no se sigue que la discusión internacional no pueda serlo también, o que incluso, pueda ser el ámbito donde son escuchadas las voces silenciadas en los ámbitos nacionales. Las víctimas de la dictadura argentina son un ejemplo de ello y, de hecho, de esa experiencia concreta partió la confianza del Constituyente de 1994 en que el camino elegido no era un obstáculo para nuestra democracia. En esta línea, por ejemplo, y en contra de la opinión que afirma de modo general el déficit democrático del derecho internacional, Keohane, Macedo y Moravcsik han postulado recientemente que puede demostrarse sobre la base de análisis empíricos que la participación en organizaciones multilaterales puede mejorar el funcionamiento de la democracia en los Estados nacionales y que las instituciones multilaterales, si son diseñadas adecuadamente, pueden mejorar la calidad de la democracia³⁷.

Por otro lado, tampoco deberíamos perder de vista que las capacidades del derecho internacional de imponerse localmente son limitadas por la autoridad nacional de implementación. El derecho internacional de los derechos humanos en particular es una de las áreas donde la ausencia de una autoridad global de aplicación de las reglas internacionales es más notoria. Cualquier descripción sobre la influencia del derecho internacional de los derechos humanos que prescinda de esta dimensión resulta incompleta y cualquier teoría que desconozca este fenómeno corre el riesgo de no ajustarse a la realidad. Para decirlo de un modo directo, *Simón* no debería interrogarnos exclusivamente sobre el proceso de formación del derecho internacional sino también sobre el papel de las autoridades locales en la delimitación de su alcance. De hecho, el informe de la Comisión IDH contrario a las leyes y a los indultos fue emitido en 1992, pero la Corte Suprema argentina hizo suya esa doctrina recién en 2005, más como consecuencia de nuestra propia dinámica institucional y política que como resultado de una evolución internacional. A diferencia de lo que sugiere Rosenkrantz, tiendo a pensar que la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro medio no proviene tanto de su autoridad en otra jurisdicción, como de su capacidad de reflejar nuestra propia dinámica constitucional.

37. Aun cuando afirman que muchas instituciones multilaterales no tienen este efecto hoy. Cfr. Robert O. Keohane, Stephen Macedo y Andrew Moravcsik, "Democracy-Enhancing Multilateralism"; International Law and Justice Working Papers, 2007/4. Disponible en http://ilj.org/working%20papers/documents/2007-4.KMM.web_001.pdf.