

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 24, Número 1, diciembre 2023

La Constitución de un artículo (o cómo el camino al *iusus naturae* está empedrado de DIDH)

Federico Maximiliano Mantiñan

Formato de cita recomendado

Federico Mantiñan, “La Constitución de un artículo (o cómo el camino al *iusus naturae* está empedrado de DIDH)”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 24 1 (2023)

Para más trabajos publicados en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica* acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la *Revista Argentina de Teoría Jurídica* de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

La Constitución de un artículo (o cómo el camino al *iusus naturae* está empedrado de DIDH)*

Federico Maximiliano Mantiñan †

Resumen:

¿Qué sucedería si un día decidimos incorporar absolutamente todo el DIDH? ¿A qué tipos de desafíos nos enfrentaríamos? Por vía de un ejercicio imaginario, en este artículo pretendo explorar cómo un sistema jurídico de semejantes características tendería hacia una radical indeterminación con respecto al contenido y alcance del derecho positivo, lo cual haría prácticamente imposible el ejercicio de la profesión. Si bien es la propia comunidad jurídica la que podría atemperar este fenómeno por vía del desarrollo de criterios y acuerdos informales, mi hipótesis es que una cultura de enseñanza y ejercicio del derecho profundamente arraigada en la tradición civilista contribuye a exacerbar los niveles y márgenes de indeterminación, lo cual se manifiesta con claridad en la actual práctica jurídica argentina.

Palabras clave: derecho internacional, constitución nacional, tratados, *iusus naturae*, regla de reconocimiento, tradición civilista, indeterminación.

Abstract:

What would happen if one day we decided to incorporate absolutely all IHRL? What challenges would we face? By way of an imaginary exercise, in this article I intend to explore how a legal system of such characteristics would tend towards a radical indeterminacy concerning the content and scope of positive law, which would make the practice of law practically impossible. Although it is the legal community itself that could temper this phenomenon through the development of informal criteria and agreements, my hypothesis is that a culture of teaching and practice of law deeply rooted in the civil law tradition contributes to exacerbate the levels and margins of indeterminacy, which is clearly reflected in the current Argentinian legal practice.

* Este artículo es el resultado de algunas inquietudes que arrastro desde hace años con respecto al nivel discursivo promedio que exhibe el grueso de nuestra profesión. Reiteradas conversaciones a lo largo de este tiempo con amigos queridos y colegas a quienes admiro muchísimo me han permitido darle forma y rigor académico, por lo cual deseo agradecer profundamente a Lucía Belén Araque, Martín Böhmer, Ezequiel Monti, Roberto Saba y Nicolás Zara.

† Abogado (Universidad de Buenos Aires) y candidato a Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Becario Fulbright (2024-25). Docente en "Teoría General del Derecho" (Facultad de Derecho-UBA) y en "Estudios Sobre el Poder Judicial" (Facultad de Ciencias Sociales-UBA).



Key words: IHRL, constitution, treaties, *ius cogens*, rule of recognition, civil law, indeterminacy.

I. Introducción

Leonardo Filippini tiene razón, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no es un préstamo.¹ Cuando un tribunal argentino resuelve un caso y fundamenta su sentencia en alguno de los tantos instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Argentina es parte, está aplicando, en un sentido muy importante, derecho propio. Tampoco pareciera haber un déficit de representación política o, como lo llama Carlos Rosenkrantz, de “validación”.² Argentina es Estado Parte en diversos tratados por decisión conjunta y coordinada de sus propias instituciones representativas. Ha sido el poder ejecutivo quien ha negociado su contenido y luego firmado cada instrumento, han sido ambas cámaras de nuestro Congreso las que debatieron sobre los méritos de su aprobación, y ha sido nuevamente el ejecutivo quien, mediante su depósito, completó la voluntad política del pueblo argentino al ratificarlos. Es más, la constitucionalización de su contenido tampoco se corresponde con una exigencia de la comunidad internacional, a quien, en realidad, le es indistinta la jerarquía normativa que se le asigna a los tratados (en la medida, claro, que sus disposiciones sean respetadas). Nuevamente, fue el pueblo argentino, representado por los convencionales constituyentes de 1994, quien voluntariamente decidió darle jerarquía equivalente a la que tiene nuestra propia Constitución.

Los tribunales argentinos, siguiendo una tendencia que los ha llevado paulatinamente hacia el pleno alineamiento con el derecho internacional,³ citan y aplican constantemente normas de DIDH para resolver conflictos jurídicos en el ámbito doméstico. Esto no es casual. La globalización ha difundido los derechos humanos a escala planetaria.⁴ Los ha transformado en el vocabulario común con el cual se expresan y debaten aspiraciones morales universales,⁵ casi

¹ Leonardo Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz,” *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, Año 8, No. 1, pp. 191–202 (2007).

² Para Rosenkrantz, lo que justifica la coerción estatal en una democracia marcada por el rasgo del pluralismo no es el contenido del derecho en sí, sino, en cambio, el procedimiento por el cual se lo sanciona. Es decir, las normas jurídicas serían vinculantes porque hemos tenido un grado suficiente de participación (u oportunidad de hacerlo) como para que se nos desarticule una eventual defensa nuestra contra decisiones tomadas colectivamente y cuya conformidad nos es exigida. Si esto es lo que justifica la obediencia al derecho, entonces las sentencias basadas en (o razonadas a partir de) material jurídico foráneo serían un ejercicio de la coacción estatal probablemente injustificado, pues el grado de participación que hemos tenido en su sanción es realmente nulo. Ver Carlos F. Rosenkrantz, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law,” *International Journal of Constitutional Law*, Vol 1, No. 2, pp. 269–95 (2003) y Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a Un Internacionalista (o Los Problemas de Simón y Mazzeo),” *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, Año 8, No. 1, pp. 203-14 (2007).

³ PINTO, M. & MAISLEY, N., “From Affirmative Avoidance to Soaring Alignment. The Engagement of Argentina’s Supreme Court with International Law,” en André Nollkaemper et al. (eds.), *Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law*, pendiente de publicación.

⁴ PINTO, M. (comp.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, 2009, p. 27.

⁵ BRYSK, A., “Introduction. Transnational Threats and Opportunities,” en Allison Brysk (ed.), *Globalization and Human Rights*, 2002, p. 4; MOYN, S., *The Last Utopia. Human Rights in History*, 2010, pp. 4-5.

como una suerte de “lengua franca ética”.⁶ De ahí que nuestros tribunales recurran a ellos para resolver casos de libertad de expresión,⁷ de derecho a la vivienda,⁸ de derecho a la salud,⁹ de derecho a un salario digno,¹⁰ de debido proceso,¹¹ de derecho a la integridad física,¹² de derecho a la igualdad de trato,¹³ de derecho a la libertad de culto,¹⁴ entre muchísimos, muchísimos otros. Y si esto es así... ¿cuál es el problema?

Me gustaría esbozar una respuesta a esta pregunta proponiendo un ejercicio hipotético: imaginemos que el Congreso sanciona una nueva ley de necesidad de reforma de la Constitución. En parte convencidos de que esta no logró ser más que una “carta de navegación”¹⁵ en la historia argentina sin haber garantizado los derechos que en ella se enumeran, en parte entusiasmados por las posibilidades transformadoras y promesas emancipadoras que ofrecen los derechos humanos,¹⁶ los argentinos decidimos de una vez por todas abandonar el proyecto constitucional y reemplazarlo por otro superador: decidimos incorporar *todo* el derecho internacional de los derechos humanos. Celebramos elecciones nacionales, votamos a nuestros convencionales constituyentes, y reformamos radicalmente la Constitución argentina. Imaginemos también que, dejando intacta la parte orgánica, borramos por completo la parte dogmática. Es más, eliminamos cualquier artículo de la Constitución que haga referencia a un derecho, con lo cual nos deshacemos

⁶ Tasioulas, J., “The Moral Reality of Human Rights,” en Thomas W. Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, 2007, p. 75.

⁷ Ver, por ejemplo, CSJN, “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, *Fallos* 336:1774 (29/10/2013), consids. 19, 28, pp. 1857, 1864.

⁸ Ver, por ejemplo, CSJN, “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, *Fallos* 335:452 (24/04/2012), consids. 8.II-III, 14, pp. 464-67, 474-75.

⁹ Ver, por ejemplo, CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, *Fallos* 323:1339 (01/06/2000), pp. 1354, 1358.

¹⁰ Ver, por ejemplo, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, *Fallos* 332:2043 (01/09/2009), consids. 3, 5-8, pp. 2053, 2055, 2058, 2059.

¹¹ Ver, por ejemplo, CSJN, “Escudero, Maximiliano Daniel s/ recurso de casación”, *Fallos* 344:378 (23/03/2021), consid. 5, p. 381.

¹² Ver, por ejemplo, Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, “De Nardis, Ponti, Acuña, Steingruber y Brandan, s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal” (causa nro. 59.617) y “De Nardis, Ponti, Acuña, Steingruber y Brandan, s/ Recurso de Casación interpuesto por Particular Damnificado” (causa nro. 59.622) (14/07/2016).

¹³ Ver, por ejemplo, CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, *Fallos* 337:611 (20/05/2014), consid. 2, pp. 622-23.

¹⁴ Ver, por ejemplo, CSJN, “Rueda, Alba c/ Arzobispado de Salta s/ hábeas data”, *Fallos* 346:333 (20/04/2023), consids. 8, 10, pp. 341, 343.

¹⁵ ALBERDI, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852 (Terramar, Ira ed. 2009), p. 214 (“La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha.”).

¹⁶ MOYN, S., ób. cit., p. 1 (“[E]l término ‘derechos humanos’ [...] implica una agenda para hacer del mundo un lugar mejor y para crear un mundo nuevo en el que la dignidad de cada individuo tenga asegurada protección internacional. Se trata de un programa utópico [...]. Los derechos humanos [...] han llegado a definir las más altas aspiraciones tanto de los movimientos sociales como de las entidades políticas—estatales e interestatales. Evocan esperanza y provocan acción.”) (esta y las siguientes traducciones de citas textuales en idioma inglés son propias).

del inciso 22 del art. 75. Con nuestra reforma, la Constitución argentina pasa a ser un esqueleto compuesto por instituciones, cargos, plazos, procedimientos, facultades, atribuciones, potestades, reglas de jurisdicción, y cualquier otro aspecto que haga a la estructura de los poderes del Estado y al modo de elección o nombramiento de las autoridades. La parte dogmática de la Constitución –nuestra *carta de derechos*– queda reducida a un solo artículo:

“Artículo 1. Los habitantes de la Nación Argentina gozan en su territorio de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.”

¿Sería esto una buena idea? Para muchos probablemente lo sería. Algunos podrán argumentar que no estamos enfrentando el problema de la validación del que nos advierte Rosenkrantz, ya que, tal como había argumentado Filippini con relación a los tratados constitucionalizados por Argentina, esta también sería una decisión tomada por nuestra comunidad política.¹⁷ Además, ¿acaso no queremos todos *más* derechos? En la cruzada por la “conquista” de derechos habríamos encontrado un atajo maravilloso; una sola reforma al texto constitucional permitiría que los argentinos pudiésemos exigir en nuestros tribunales el respeto de cualquier derecho humano reconocido en cualquier lugar del mundo, independientemente del tipo instrumento que lo recoja, de la cantidad de países firmantes, o de la voluntad de nuestras autoridades de turno de incorporarlo. ¿No será esta acaso la forma en que, como dice Mónica Pinto, el derecho internacional de los derechos humanos sea “como la lluvia” y pueda “mojar a todos en todos lados”?¹⁸

Yo no estoy tan seguro de esto. La práctica jurídica argentina, incluso sin haber llegado al extremo de este ejemplo hipotético, ya da cuenta de algunos de los problemas que traería aparejada una Constitución de un artículo. Si bien mucho se podría decir para objetar la viabilidad o incluso el mérito de una reforma como esta,¹⁹ en este trabajo me concentraré en dos tipos de

¹⁷ Es cierto, la decisión verdaderamente “nuestra” sería la primera, mientras que habríamos dejado de tener injerencia sobre el resto de las decisiones que pasarán a tomarse exclusivamente en el plano internacional. Creo que hay algo de razón en este punto, pero por cuestiones de espacio tan solo voy a asumir que el problema queda relativizado si consideramos que la sociedad civil argentina (como la de cualquier otro país) tiene un derecho (humano) a participar de la formación y creación del derecho internacional, y que de hecho lo ejerce. Ver, por ejemplo, Nahuel Maisley, “The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making”, *The European Journal of International Law*, Vol 28, No. 1, pp. 89–113 (2017).

¹⁸ PINTO, M., ób. cit., p. 28.

¹⁹ Una posible y muy natural objeción preliminar en la cual no quiero detenerme podría pasar por criticar el despropósito de eliminar derechos constitucionales que no encuentran reflejo en el DIDH. En aras del argumento, voy a asumir que cada derecho consagrado en nuestra Constitución encuentra uno análogo en algún tratado o declaración internacional. En algunos casos este “reemplazo” es bastante fácil de imaginar pues estamos acostumbrados a citar artículos de la Constitución Nacional en conjunto con disposiciones de instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) o del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). En nuestra Constitución de un artículo, el derecho a “publicar [las] ideas por la prensa sin censura previa” (art. 14) se transformaría en el “derecho a la libertad de pensamiento y expresión” (CADH, art. 13); la garantía de no ser “penado sin juicio previo fundado en ley anterior” (art. 18) pasaría a ser el derecho a “[no ser] condenado por actos

problemas que, de alguna manera, se explican mutuamente. Primero, trataré lo que podríamos llamar problemas o consideraciones teóricas, aquellas con las que lidiaría cualquier sistema jurídico que se enfrentase a la altísima indeterminación que existiría respecto de las fuentes creadoras de derecho y de los órganos de interpretación. Si bien se trata de una dificultad que podría ser superada de forma más o menos satisfactoria con una práctica jurídica lo suficientemente robusta y madura en el ejercicio responsable del derecho, en la segunda parte argumentaré que existe una serie de consideraciones contingentes, propias de nuestra práctica jurídica que impiden una solución por esta vía. Me refiero a nuestra tradición civilista, la cual, creo, actúa como un verdadero *hándicap* en un sistema que ha decidido abrirse por completo al derecho internacional.

II. Consideraciones teóricas: la radical indeterminación en el reconocimiento del derecho positivo

“Hay que alegar una violación al art. 1 de la Constitución” se convertiría muy pronto en la frase más repetida en los estudios jurídicos del país, y los buscadores de jurisprudencia colapsarían ante consultas sobre “casos del artículo uno”. Pero, pensemos cómo sería ejercer el derecho en un sistema como este. Al incorporar todo el DIDH, la pregunta que uno naturalmente se hace es: ¿qué es exactamente lo que estamos incorporando? Más precisamente: ¿cuántos y qué derechos son? ¿Cuál es su alcance y contenido?

i. La indeterminación normativa

Si adoptamos una Constitución de un artículo con genuina preocupación de poder garantizar los derechos reconocidos por el DIDH en nuestro territorio, estará en nuestro propio interés conocer a la perfección cuáles son aquellos cuyo incumplimiento o violación podría ser demandado ante un tribunal doméstico. La comunidad política argentina deberá entonces prestar especial atención a lo que la comunidad internacional hubiese reconocido como un derecho humano. Los ciudadanos querrán saberlo para ejercerlos, las autoridades para respetarlos, y los jueces para adjudicarlos. Pero esta incorporación abierta e irrestricta –casi como un cheque en blanco, alguien podría objetar– de seguro nos pondría en aprietos. La cantidad de derechos humanos ha crecido exponencialmente en las últimas décadas: según Eric Posner, de veinte en 1975, a cien en 1980, a trescientos en 2014.²⁰ Una Constitución de un artículo nos haría perder el rastro muy rápidamente sobre cuáles son los derechos con los cuales nos hemos comprometido. ¿Cómo realizar una reforma en la que no sabemos si en un futuro estaremos comprometidos con

u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional” (PIDCP, art. 15); el derecho a una “jornada [laboral] limitada” (art. 14 bis) se volvería el derecho a una “limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales” (Protocolo de San Salvador, art. 7), etc. Este es un ejercicio que podría realizarse en su totalidad pero que claramente excede el marco de este trabajo.

²⁰ POSNER, E., *The Twilight of Human Rights*, 2014, p. 92.

quinientos, setecientos o mil derechos, y que, además, no tenemos manera de saber hoy cuáles serán?

No creo que esta objeción llegue muy lejos. La incertidumbre relacionada con desconocer la cantidad o el contenido de normas futuras es un fenómeno que ya conocemos de cerca porque, de hecho, lidiamos con él en el ámbito doméstico. La comunidad jurídica opera dentro de un marco dinámico: los textos autoritativos que constituyen la materia prima del derecho –nuestra “ley suprema” (art. 31 de la Constitución Nacional)– son la Constitución, las “leyes [dictadas] por el Congreso” y los “tratados con las potencias extranjeras”. Mientras que solo el primero es un texto estático, los jueces siguen y aplican leyes ya dictadas sin saber cuántas y qué otras se dictarán, y siguen y aplican tratados ya firmados sin saber cuántos y qué otros se firmarán. ¿Por qué no podrían también estar bajo la obligación de seguir y aplicar todo lo que *hoy* es DIDH ignorando qué lo será en el futuro? La ignorancia respecto de normas aún no sancionadas nunca ha sido un obstáculo –no podría serlo– para el desarrollo y normal funcionamiento de un sistema jurídico.

La preocupación por la indeterminación normativa gana peso adicional si en lugar de centrarnos en las normas lo hacemos respecto de las *fuentes*. De hecho, vemos que en realidad la comparación con lo que sucede en el ámbito doméstico no es enteramente apropiada, porque hay una diferencia crucial: lo que acá sí se mantiene estático es el órgano (el Congreso) que crea este conjunto dinámico de normas (leyes); es decir, es la certeza con respecto a *quién* sanciona y deroga las normas la que nos permite lidiar con un conjunto no estático de ellas.²¹ Pero el DIDH se caracteriza precisamente por su multiplicidad de fuentes, cuyo número indeterminado podría ser fatal para una comunidad que se propuso obedecer a todas las normas que de ellas derivan.²² ¿Hacia dónde deberíamos mirar para saber qué derechos tenemos? Sabemos con certeza cómo se crean los textos autoritativos del derecho argentino, pero ¿sabemos con certeza cómo se crea el DIDH?²³ No nos sirve una respuesta que apunte hacia las clásicas fuentes del derecho internacional –los tratados, la costumbre internacional y los principios generales de derecho–, porque ellas resuelven el problema de determinar qué obligaciones tienen los Estados en el plano

²¹ Para decirlo en términos hartianos: podemos manejarnos con reglas primarias bastante dinámicas en la medida en que las secundarias no lo sean. Podemos ver nuestros derechos y obligaciones modificadas con regularidad en el ámbito doméstico porque la regla de cambio se mantiene relativamente estable. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 1961 (AbeledoPerrot 3ra ed., 2009), p. 119.

²² Sobre la definición de “fuentes”, ver Luis E. Rodríguez-Rivera, “Is the Human Right to Environment Recognized under International Law? It Depends on the Source,” *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Vol. 12, No. 1, pp. 37-38 (2001).

²³ Como dice Higgins: “[Hay] incertidumbre en el corazón del sistema jurídico internacional. No quiero decir que haya incertidumbre sobre lo que establecen las normas particulares (que puede haberla), sino sobre cómo identificamos las normas. Y hasta que las respuestas a la cuestión de la identificación no estén más claras, no dispondremos de las herramientas necesarias para determinar con mayor certeza el contenido de determinadas normas.” HIGGINS, R., ób. cit., p. 17. La respuesta a la pregunta cuáles son los derechos humanos depende del enfoque que se adopte acerca de la naturaleza y fuentes del derecho internacional. Id., pp. 98-99. Por supuesto que hay casos claros. Nadie negaría que los principales tratados celebrados en el marco del SUDH forman parte del DIDH. Pero esta indeterminación normativa empieza a aparecer en los márgenes. ¿Qué tratamiento le daríamos a una norma que no surge de las clásicas fuentes del derecho internacional público? Si un litigante inicia una demanda cuya pretensión está fundada en una declaración, ¿está o no está citando “un derecho del DIDH”?

internacional. Y no queremos saber qué es lo que legítimamente le puede exigir la comunidad internacional a Argentina, queremos saber qué derechos humanos han sido reconocidos y punto. La primera duda se resuelve, en la mayoría de los casos, cotejando el contenido de los tratados ratificados por Argentina; la segunda, no.²⁴

Para saber qué derechos humanos han sido reconocidos por el DIDH –y, por ende, tenemos bajo nuestra nueva Constitución– tendríamos que mirar para todos lados. Tendríamos que observar de cerca los instrumentos celebrados en el marco del Sistema Interamericano (SIDH) y del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) –que ya lo hacemos–, pero también los del Sistema Europeo (SEDH) y, por qué no, los del Sistema Africano. Y como no nos interesa la discusión sobre la obligatoriedad del instrumento, hay que considerar no solo los tratados (junto con la costumbre internacional y los principios generales de derecho) sino también el *soft law*. Encontramos derechos humanos reconocidos en declaraciones adoptadas en el marco de los sistemas universal y regionales de protección, así como en documentos celebrados bajo la órbita de organismos multilaterales por fuera de estos sistemas,²⁵ o promulgados por expertos en DIDH.²⁶ ¿Deberíamos considerar todo esto? ¿Podrían nuestros tribunales locales procesar demandas cuyas pretensiones encuentren respaldo en la más extraordinaria y diversa cantidad de fuentes de DIDH?

Algunos podrán decir que sí, que la indeterminación respecto de las fuentes podría no ser un obstáculo teórico para adoptar nuestra Constitución de un artículo. Se podría decir, por ejemplo, que en última instancia no se trataría más que de la multiplicación de normas que consagran, entre todas ellas, los *mismos* derechos. Es decir, no nos interesaría tanto la enmarañada red de normas de DIDH proveniente de una cantidad indeterminada de fuentes si lo que verdaderamente importa es el derecho que en última instancia y de forma conjunta reconocen. Algo así parecería sugerir Roberto Saba con respecto a los derechos doblemente consagrados en el orden doméstico y en el SIDH. Para él, una solución del fondo en el caso “Fontevicchia”²⁷ que sea respetuosa de la

²⁴ En otras palabras, no se trata de averiguar la violación de qué derechos podría generar la responsabilidad internacional del Estado argentino, porque nuestra nueva Constitución no implica la ratificación de todos los tratados existentes. De hecho, esa fue precisamente la motivación detrás de adoptar una Constitución de un artículo: queremos poder exigir en nuestros tribunales el respeto de nuestros derechos humanos independientemente del compromiso que pudiera haber hecho el Estado argentino en el plano internacional de reconocerlos y/o garantizarlos hacia adentro de sus fronteras.

²⁵ A modo de ejemplo: Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Declaración de El Cairo), adoptada en 1990 por los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (hoy denominada Organización para la Cooperación Islámica -OCI-).

²⁶ A modo de ejemplo: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta), redactados -a pedido del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos- y unánimemente aprobados en 2006 por dieciséis expertos en la temática provenientes de diversos países, entre los que se encontraban académicos y activistas.

²⁷ En 1997, la justicia civil condenó por daños y perjuicios a la Editorial Perfil S.A., a Jorge Fontevicchia y a Héctor D’Amico por publicar información sobre el hijo del ex Presidente argentino Carlos Menem. En 2001, la Corte Suprema dejó firme la condena civil al concluir que la publicación había lesionado el derecho a la intimidad de Menem. Fontevicchia, D’Amico y Horacio Verbitsky (en representación de la Asociación Periodistas) recurrieron al SIDH buscando que se declarara la responsabilidad del Estado argentino por haber violado el derecho a la libertad

integridad del derecho –en el sentido dworkiniano– hubiese exigido que tanto la Corte Suprema argentina como la Corte IDH advirtiesen que estaban interpretando el *mismo* derecho a la libertad de expresión reconocido en dos instrumentos distintos.²⁸

Si Saba está en lo cierto, y si es posible colapsar en un mismo principio de libertad de expresión disposiciones análogas de la Constitución y de la CADH, ¿por qué no extender esta operación a todo el DIDH? ¿Por qué no considerar que cualquier fuente internacional que plasme un principio análogo está abocada a proteger el mismo derecho que aquel principio en última instancia justifica? Si así fuese, no sería un inconveniente que las demandas contra el Estado argentino por casos de tortura invocasen indistintamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),²⁹ la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,³⁰ o la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada por resolución de la AGNU);³¹ estarían todas refiriéndose al *mismo* derecho a la integridad física. Ni tampoco sería problemático que las sentencias del fuero del trabajo ordenasen una recomposición salarial citando la DUDH,³² los Convenios de la OIT,³³ o a la Carta Árabe de Derechos Humanos,³⁴ cuyos artículos convergen en el reconocimiento de un *mismo* derecho a un salario digno.

Este salto es todavía más fácil de hacer si partimos de la base que detrás de estas normas no se encuentra el mismo derecho positivo, sino el mismo derecho *moral*. Los textos que estamos considerando, uno podría decir, no crean nuevas reglas de derecho positivo, sino que dan forma a principios abstractos respecto de algún rasgo o cualidad distintivamente humana,

de pensamiento y expresión consagrado en el art. 14 de la CADH. Finalmente, en 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró responsable internacionalmente a Argentina por el incumplimiento de dicha norma, y ordenó, entre otras medidas de reparación, dejar sin efecto la condena civil. Ver CSJN, “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios - sumario,” *Fallos* 324:2895 (25/09/2001); y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina,” Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁸ Roberto Saba, “No huir de los tratados”, *Pensar en Derecho*, Año 6, No. 10, p. 154 (2017) (“Cuando la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el deber de respeto y protección del derecho a la libertad de expresión, no se refieren a dos principios o derechos diferentes, sino a un mismo derecho respecto del cual la comunidad política ha expresado su adhesión y compromiso de observación.”).

²⁹ Art. 3: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

³⁰ Art. 5: “Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.”

³¹ Art. 2: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

³² Art. 23, inc. 2: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

³³ Por ejemplo, el Convenio no. 95, sobre la protección del salario.

³⁴ Art. 34, inc. 2: “Todo trabajador tendrá derecho a disfrutar de condiciones justas y favorables de trabajo que prevean: un salario justo que permita a los trabajadores mantener una vida digna para ellos mismos y para sus familias...”.

intrínsecamente valiosa, inobjetablemente inalienable, y cuya protección constituye, por lo tanto, un imperativo moral. Si los derechos humanos son verdaderos derechos morales que tenemos simplemente en virtud de nuestra humanidad,³⁵ su obligatoriedad no podría depender de su fuente porque no es el pedigrí de la norma el que los hace vinculantes, es su contenido. De ahí que una de las características de los derechos humanos sea su universalidad: si en algún lugar del mundo se reconoció un derecho humano, difícilmente uno pueda decir que no es válido en esta otra parte del planeta.³⁶ Y si son obligatorios por su contenido y son, además, universales, ¿importa entonces el instrumento jurídico que citemos en nuestras demandas al “fundar en derecho”? Una vez que reconocemos esto, se nos termina abriendo la puerta para citar no sólo tratados y declaraciones, sino también otros documentos de *soft law*, e incluso normas de derecho positivo extranjero que descansen en el mismo principio moral justificatorio de aquel derecho cuya violación queremos alegar.³⁷ Nuestras demandas contra el Estado argentino por impartir castigos crueles podrían incluir indistintamente menciones a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas,³⁸ a la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos,³⁹ o a la Ley Orgánica 1/1979 de España.⁴⁰ ¿Podría ser realmente el caso que no importe el texto que citemos en una demanda para justificar el derecho cuya protección se persigue, alegando que todos ellos reconocen un mismo principio o derecho moral universal que, de todas formas, ya existía con independencia del texto citado?

³⁵ NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 40-48; y ver, en general, GRIFFIN, J., *On Human Rights*, 2008.

³⁶ Jeremy Waldron, “Human Rights. A Critique of the Raz/Rawls Approach,” en Adam Etinson (ed.), *Human Rights. Moral or Political?*, 2018, p. 117.

³⁷ Es cierto, nuestra Constitución de un artículo tiene un solo requerimiento: tienen que ser derechos reconocidos por el derecho *internacional* de los derechos humanos, no por el “derecho extranjero sobre derechos humanos”. Pero creo que este recaudo se flexibiliza si consideramos al DIDH como un subtipo de lo que Waldron tiene en mente cuando se refiere al *ius gentium*. Esto permitiría que, ante la ausencia de textos autoritativos internacionales en los cuales fundar nuestra pretensión, podamos todavía argumentar en los tribunales locales que el derecho reclamado sí ha sido reconocido por la comunidad internacional, pues lo haríamos dirigiendo nuestros esfuerzos a probar que una gran mayoría de Estados lo han plasmado en sus propios ordenamientos jurídicos internos. De hecho, tan es así que Waldron propone el ejercicio hipotético inverso: incluso sin DIDH podríamos alegar la existencia de derechos fundamentales basados en principios morales universales. WALDRON, J., *Partly Laws Common to All Mankind. Foreign Law in American Courts*, 2012, p. 32.

Este solapamiento entre ambas disciplinas es también sostenido por Saba cuando dice que “[e]l derecho constitucional –en lo que se refiere a la protección de derechos– y el derecho internacional de los derechos humanos conforman un plexo de textos que buscan expresar los mismos principios y proteger los mismos derechos. Por eso resulta casi incomprensible o ininteligible la distinción, al menos en materia de derechos humanos, entre constitucionalistas e internacionalistas, pues su área de estudio es la misma: los derechos humanos y los mecanismos diseñados para su protección.” Roberto Saba, *ób. cit.*, p. 158.

³⁸ Regla 1: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario...”.

³⁹ XVIII Enmienda “No se [...] infligirán penas crueles e inusuales.”

⁴⁰ Art. 3: “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena [...] La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos...” y art. 6: “Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.”

ii. *La indeterminación conceptual*

Hasta acá, las defensas de nuestra Constitución de un artículo. Quiero concentrarme brevemente en dos argumentos para sostener que la indeterminación y multiplicación normativa son realmente un problema, y que las fuentes *sí* importan. Primero, las fuentes importan porque importa el contenido de lo que ellas sancionan. Incluso aceptando la concepción “ortodoxa” de asimilar los derechos humanos a derechos morales universales fundados en nuestra humanidad (para simplificar: “derechos morales humanos”), esto no necesariamente implica que el DIDH deba actuar de forma “espejada” y reconocer todos y cada uno de ellos. Para John Tasioulas, por ejemplo, la función principal del DIDH debería ser la de reconocer tan sólo un subconjunto de estos derechos morales humanos con el objetivo de protegerlos por vía de la asignación de derechos individuales.⁴¹ Y no sería apropiado que el DIDH protegiera cualquier *interés* que tengamos –por más importante y universal que sea– mediante el reconocimiento de un derecho equivalente, no sin correr el riesgo de volverse sobreinclusivo.⁴²

Pero si habíamos adoptado nuestra Constitución de un artículo bajo la creencia que el DIDH reconocía tan sólo derechos morales humanos que ya poseíamos independientemente del (contingente) derecho positivo, tenemos ahora que lidiar con la posibilidad que el DIDH, alejándose de su propósito principal, cubra más terreno del que debería. ¿Qué hacemos si no todo lo que toca el DIDH es un genuino derecho (moral) humano? El reconocimiento de derechos cada vez más alejados de lo que normalmente consideramos fundados en algún aspecto valioso de nuestra humanidad,⁴³ junto con la proliferación de “ramas” del DIDH sobre áreas que probablemente no tengan siquiera que ver con cuestiones que deban ser abordadas desde un

⁴¹ Ver, en general, TASILOULAS, J., “Exiting the Hall of Mirrors. Morality and Law in Human Rights,” en Tom Campbell & Kylie Bourne (eds.), *Political and Legal Approaches to Human Rights*, 2018, pp. 73-89.

⁴² John Tasioulas, “Saving Human Rights from Human Rights Law,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 5, p. 1179 (2019) (“Al hablar de derechos humanos, uno no está simplemente apelando a un interés humano universal, como el no sentir dolor, o a los intereses en la autonomía, el conocimiento o la amistad. Tampoco uno está simplemente apelando a otro tipo de valor deóntico, como la dignidad humana. Tanto los intereses humanos universales como la dignidad humana son valores que se encuentran en la base de los derechos humanos; son los valores subyacentes que fundamentan las reivindicaciones de derechos humanos. Pero no deben identificarse con los derechos humanos. Los derechos humanos sólo existen cuando los valores de los intereses universales y la dignidad humana son suficientes, en el caso de todos los seres humanos, para justificar la obligación de tratar a cada uno de ellos de determinadas maneras.”).

⁴³ RAZ, J., “Human Rights Without Foundations,” en John Tasioulas & Samantha Besson (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, p. 322 (“Un número cada vez mayor de derechos se reivindican como derechos humanos, por ejemplo, el derecho al placer sexual; el derecho a la información sexual basada en la investigación científica; el derecho a una educación sexual integral. Se declara que todas las personas tienen derecho a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente racional. Las generaciones futuras tienen derecho a satisfacer equitativamente sus necesidades. Todas las personas tienen derecho a la protección y preservación del aire, el suelo, el agua, el hielo marino, la flora y la fauna, y los procesos y áreas esenciales necesarios para mantener la diversidad biológica y los ecosistemas. Algunos académicos sostienen que existe un derecho humano a la globalización. Otros, que hay derechos a no estar expuesto a trabajos excesiva e innecesariamente pesados, degradantes, sucios y aburridos; a la identidad con el propio producto del trabajo, individual o colectivamente; a la transparencia social; a la coexistencia con la naturaleza. Y, por supuesto, hay un derecho contra la pobreza, y un derecho a ser amado.”).

“enfoque de derechos”,⁴⁴ nos pone frente a una disyuntiva: ¿deberíamos acaso suscribir acriticamente a cualquier disposición, directriz, guía, principio, o norma, que lleve consigo la etiqueta “DIDH” independientemente de su contenido? Si nos rendimos frente a lo que Tasioulas identifica como “[una] ambición totalizadora, un sueño de formular una ‘ética secular’ para un mundo globalizado redactada exclusivamente en el lenguaje de los derechos humanos,”⁴⁵ estaríamos corriendo el riesgo de colapsar todo lo que es “bueno” o “valioso” con tener un derecho a ello.⁴⁶ Al incorporar *todo* el DIDH no estaríamos solo garantizando los derechos morales humanos sino muchísimo más, y la advertencia de Rosenkrantz con respecto al problema de validación recupera toda su vigencia: habríamos cedido toda capacidad legisferante en materias sumamente importantes tales como globalización,⁴⁷ desarrollo,⁴⁸ o deuda externa.⁴⁹

Pero la alternativa es incluso peor. Si queremos honrar los motivos por los cuales habríamos adoptado la Constitución de un artículo nos veríamos obligados a exigirles a nuestros tribunales que solo sean receptivos respecto de demandas cuyas pretensiones involucren genuinos derechos (morales) humanos. Es decir, les estaríamos pidiendo que, sin claudicar la creencia que los seres humanos tenemos derechos morales que poseemos simplemente en virtud de nuestra humanidad,

⁴⁴ Quizás uno de los más críticos al respecto sea Hurst Hannum: “Es difícil encontrar un documento de la ONU o un escrito de una ONG que no exija un enfoque ‘basado en derechos’ para algo. Entre las más conocidas de estas cuestiones de ‘derechos humanos y’ se encuentran las empresas, el comercio y la globalización, el medio ambiente, la corrupción y la tecnología. Al igual que en el intento de unir los derechos humanos y las empresas [...] la esperanza parece ser que cantar el mantra de los derechos humanos facilitará la resolución de cualquier problema complejo. Por desgracia, no es así, y los problemas [...] no se han resuelto misteriosamente al salir de la neblina de los enfoques basados en derechos.” HANNUM, H., *Rescuing Human Rights. A Radically Moderate Approach*, 2019, p. 44.

⁴⁵ John Tasioulas, ób. cit., p. 1195 (2019).

⁴⁶ POSNER, E., ób. cit., p. 92 (“No puede ser que todos los intereses humanos estén protegidos por el derecho internacional, pero ¿dónde trazar la línea? Algunos académicos han intentado responder [a esta pregunta] creando una jerarquía de derechos, argumentando que aunque todos los derechos humanos son derechos, algunos son más importantes, como el derecho a no ser torturado. Pero este punto de vista ha sido atacado y no ha tenido consecuencias prácticas.”).

⁴⁷ Ver, por ejemplo, los informes anuales temáticos de mandatos de las Naciones Unidas como el Experto Independiente sobre el orden internacional, disponibles en <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-international-order/annual-thematic-reports>, o el Experto Independiente sobre derechos humanos y solidaridad internacional, disponibles en <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-international-solidarity/annual-thematic-reports>.

⁴⁸ Por ejemplo, según el Relator Especial (de las Naciones Unidas) sobre el derecho al desarrollo, “[e]l derecho al desarrollo consiste en promover y proteger la capacidad de cada persona para participar en el desarrollo, contribuir a él y disfrutar de él, incluidos los aspectos económicos, sociales, culturales o políticos. Prevé que ‘la persona humana’ debe ser el sujeto central, participante y beneficiario en el proceso de desarrollo. Por lo tanto, el derecho al desarrollo no solo es un derecho humano en sí mismo, sino que también es necesario para la plena realización de todos los otros derechos humanos...”. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/SRRightDevelopment_IntroductiontoMandate_SP.pdf.

⁴⁹ Ver, por ejemplo, los Principios Rectores (de las Naciones Unidas) sobre la deuda externa y los derechos humanos, A/HRC/20/23 (10/04/2011), así como los informes temáticos anuales del Experto Independiente (de las Naciones Unidas) sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, disponibles en <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-foreign-debt/annual-thematic-reports>.

resistan la idolatría incondicionada con respecto al DIDH⁵⁰ y realicen, en cada caso y ante cada demanda, un escrutinio filosófico-moral con respecto al tipo de derecho que el litigante reclama. Solo así podría flexibilizarse el problema de la indeterminación de las fuentes. Nadie negaría que un caso de tortura es un caso de derechos (morales) humanos, como también lo sería un caso de libertad de expresión. ¿Pero un caso sobre la calidad del aire?⁵¹ Es probable. ¿Y uno sobre la corrupción?⁵² En algún punto la línea se vuelve borrosa. ¿Son las técnicas de recolección de datos una cuestión de derechos humanos?⁵³ ¿Y los códigos de planeamiento urbano?⁵⁴ La tarea de los jueces sería verdaderamente titánica—o, mejor dicho, “hercúlea”, porque la única manera de ejercer su nueva función judicial sería personificando al mismísimo juez Hércules *dworkiniano*: estarían identificando y adjudicando, no lo que *es*, sino lo que *debería ser* un derecho humano. Sin embargo, el concepto mismo de “derecho humano” resulta ser tan indeterminado que cualquier solución por esta vía termina siendo enfáticamente desaconsejada.⁵⁵

iii. La indeterminación interpretativa

El problema anterior no se resuelve encomendando a un comité de filósofos la elucidación perfecta del concepto de “derecho humano”. Incluso si nos dieran una lista de derechos que pueda ser usada por nuestros tribunales locales, necesitaríamos también saber cómo deben ser interpretados y adjudicados en casos concretos.⁵⁶ Todo lo cual nos lleva al segundo motivo por el cual las fuentes *sí* importan: importan porque de ellas dependen en gran medida las interpretaciones autoritativas que determinan el alcance del derecho que ellas reconocen.

⁵⁰ La creencia en derechos morales universales no es incompatible con un escepticismo respecto de los temas o ramas que pasan a formar parte del DIDH. Como afirma Tasioulas, “se puede ser escéptico sobre el DIDH no porque se sea escéptico sobre la idea moral de los derechos humanos, sino precisamente porque se cree en esa idea y, además, se cree que [el DIDH] no está en sintonía con ella de manera significativa [...] Al fin y al cabo, las leyes e instituciones de derechos humanos no se identifican por sí mismas con una sólida moralidad de derechos humanos. No son el fruto de una razón perfectamente operativa. Concebir las así es una especie de idolatría que confunde medios institucionales creados por el hombre con fines éticos objetivos. Por el contrario, son creaciones humanas falibles, establecidas por seres humanos defectuosos, que confían en sus poderes de razonamiento inevitablemente limitados contra la influencia compensatoria de factores no racionales, como el egoísmo y el miedo.” John Tasioulas, *ób. cit.*, p. 1172-73 (2019).

⁵¹ Ver, por ejemplo, la Resolución A/76/L.75 (26/07/2022) de la AGNU que, considerando los efectos negativos de la contaminación del aire (entre otras cuestiones medioambientales) sobre los derechos humanos, “[r]econoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano.”

⁵² Ver, por ejemplo, el informe temático titulado “Corrupción y derechos humanos. Estándares interamericanos,” elaborado en 2019 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

⁵³ Ver, por ejemplo, el documento adoptado en 2018 por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (ACNUDH) titulado “Enfoque de datos basados en derechos humanos. Que nadie se quede atrás en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData_SP.pdf

⁵⁴ Ver, por ejemplo, “Nueva Agenda Urbana - Declaración de Quito sobre Ciudades y Asentamientos Humanos Sostenibles para Todos,” aprobada por Resolución de la AGNU A/RES/71/256 (23/12/2016).

⁵⁵ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, 2008, p. 15.

⁵⁶ Griffin, Id., p. 20.

Cuando nuestra Constitución de un artículo incorpora el DIDH, no está incorporando los *textos* del DIDH. Los textos son, como dice Carlos Nino, “demasiado duros” para servir de justificación a una decisión jurídica.⁵⁷ Es inevitable recurrir a un proceso valorativo para extraer su significado, el cual no puede hacerse sin considerar cómo han sido resueltos casos análogos. El estudio de casos es imprescindible porque las interpretaciones que hagamos de los derechos a adjudicar deben realizarse teniendo en cuenta las interpretaciones hechas en el pasado por otros en posiciones similares a la nuestra, y cuyas contribuciones a la práctica interpretativa deben ser debidamente consideradas. Las indeterminaciones lingüísticas y lógicas de las que adolecen los textos jurídicos se superan emprendiendo un proceso interpretativo-valorativo que no puede ser individual y exclusivo de cada intérprete, sino que tiene que ser colectivo. Si bien las normas plasmadas en los textos del DIDH (sean estos tratados, sentencias que recojan costumbre internacional o principios generales de derecho, declaraciones u otros documentos de *soft law*) pueden servir como el puntapié para dar una dimensión valorativa inicial a un derecho en particular, es la interpretación colectiva que la comunidad jurídica haga luego la que irá precisando los límites y alcances del derecho en cada caso. La metáfora de Nino es bien conocida: el derecho vendría a ser como la construcción de una catedral, una obra colectiva que involucra varias generaciones en la que cada uno realiza un aporte teniendo en cuenta que este no es el primero ni será el último, y a sabiendas de que está participando de una actividad cuyo resultado final tampoco domina en su totalidad.⁵⁸ Pues bien, la pregunta en nuestro caso es bastante obvia: ¿las decisiones de qué órganos interpretativos deberíamos considerar para construir colectivamente la “catedral del DIDH”?

Comencemos por la opción más restrictiva. Podríamos, por ejemplo, centrarnos tan sólo en las decisiones de los tribunales argentinos. En ese caso, habríamos incorporado derechos cuyo alcance está determinado exclusivamente por las interpretaciones y estándares elaborados por jueces locales. Cuando los imputados por un delito reclamen que se está violando su derecho humano a “ser juzgado sin dilaciones indebidas” (art. 14 del PIDCP),⁵⁹ el tiempo a partir del cual se considera que hubo “dilación” y las causales para considerarla “indebida” estarán determinadas exclusivamente por doctrina y jurisprudencia argentina. Desde ya que esta opción no resulta muy atractiva. Dada nuestra intención de abrirnos a la comunidad internacional, no parece muy sensato que el aforismo del realismo jurídico se transforme en “el DIDH es lo que los jueces argentinos dicen que es”.

Tal vez debamos considerar los aportes interpretativos realizados por los tribunales internacionales, en especial aquellos creados por el mismo instrumento cuyo derecho es invocado en una demanda. Imaginemos, por ejemplo, una mujer argentina que se ve obligada a pagar una multa por haber vestido su burka en un espacio público, contrariando una ley que prohibía el uso

⁵⁷ NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, 2014, p. 88.

⁵⁸ NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 51-55.

⁵⁹ Art. 14, inc. 3, ap. (c) del PIDCP: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] A ser juzgado sin dilaciones indebidas...”.

de vestimentas que cubran la totalidad del cuerpo y rostro. Si nuestra víctima decidiera demandar al Estado argentino alegando que este violó su derecho humano a “manifestar su religión o convicciones por medio de [...] las prácticas y las observancias de los ritos” (art. 9 del CEDH),⁶⁰ los tribunales locales deberán probablemente determinar el alcance de este derecho a la libertad religiosa a la luz de la interpretación que hubiera hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Pero recordemos que habíamos considerado la posibilidad de que las normas del DIDH consagren, entre todas, los *mismos* principios o derechos. ¿Por qué entonces detenernos en las interpretaciones de los órganos con competencia contenciosa? ¿Por qué no considerar también las de los órganos cuasi-jurisdiccionales cuya competencia material abarca el mismo principio o derecho? ¿Acaso no contribuyen ellos también a la construcción de la “catedral del DIDH”? Y es aquí donde regresa para atormentarnos uno de los problemas mencionados más arriba. Si la cuestión de las fuentes no fuese importante, si se tratase realmente del *mismo* derecho humano a la libertad religiosa, entonces sería verdaderamente indistinto para nuestra víctima “fundar en derecho” alegando una violación al art. 9 del CEDH, al art. 18 del PIDCP,⁶¹ o a cualquier otro artículo consagratorio del mismo principio. Pero no es lo mismo. No lo es porque, de hecho, la fuente que elige citar en su demanda puede sellar la suerte de su caso. El derecho humano a la libertad religiosa tiene un alcance diferente según sea considerado a la luz de decisiones análogas que forman parte de una u otra cadena de interpretaciones, es decir, según consideremos los aportes hechos por el TEDH o por el Comité de Derechos Humanos. Tan es así que si nuestra víctima decide fundar su derecho humano en el PIDCP, lo más probable es que gane el caso;⁶² si decide hacerlo en el CEDH, lo más probable es que lo pierda.⁶³

Este es un problema gravísimo para el normal desenvolvimiento de un sistema jurídico. ¿Cómo harían nuestros jueces, habiendo jurado aplicar nuestra Constitución de un artículo, para resolver un caso en el que la demanda está fundada en el PIDCP mientras que la contestación hace lo propio en el CEDH? ¿O, peor aún, si la parte actora, actuando bajo la convicción de tener frente a sí dos normas (o cinco, o diez) que consagran el mismo principio de libertad religiosa, decide mencionarlas a todas para “reforzar” su demanda? Más que reforzarla, ¡la estaría dinamitando! La dificultad no pasaría ya por la indeterminación conceptual que obligaría a los jueces a discernir qué es y qué no es un derecho (moral) humano; incluso en casos claros como lo es la libertad

⁶⁰ Art. 9, inc. 1 del CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

⁶¹ Art. 18, inc. 1 del PIDCP: “Toda persona tiene derecho a la libertad de [...] religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.”

⁶² Comité de Derechos Humanos, Dictamen aprobado a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2747/2016, del 7 de diciembre de 2018 (CCPR/C/123/D/2747/2016).

⁶³ TEDH, “S.A.S. v. Francia,” Sentencia de 1 de julio de 2014 (Fondo y Reparaciones).

religiosa, los jueces tendrían que resolver un caso sobre *un* principio universal que, sin embargo, ha sido probablemente materia de decenas de interpretaciones distintas pero -y acá está el problema- igualmente autoritativas. Es que, a diferencia del fenómeno que conocemos en el ámbito doméstico en el que distintos sectores de la comunidad política, litigantes, académicos, o hasta movimientos sociales compiten entre sí por imponer su visión y colmar el sentido de un derecho o principio constitucional, sólo los tribunales -y en especial la Corte Suprema- tienen la capacidad *jurispática* de sepultar las interpretaciones divergentes e imponer la suya, la “oficial”. No necesitamos de los tribunales para crear significado jurídico, los necesitamos para suprimirlo, para que triunfe una de entre tantas interpretaciones igualmente posibles.⁶⁴ Pero mientras que en el ámbito doméstico esta función la cumple la Corte Suprema como cabeza del poder judicial, en el DIDH no hay ninguna institución que centralice una función *jurispática* equivalente. Cada institución interpretativa y/o adjudicativa del DIDH, se trate de un tribunal con competencia contenciosa y consultiva, o incluso un órgano de naturaleza cuasi-jurisdiccional, resulta ser el intérprete “oficial” del instrumento cuya interpretación le fue precisamente encomendada. Tan solo en el SUDH encontramos esta función en los diez órganos de vigilancia de los tratados, y en los casi sesenta procedimientos especiales (temáticos y por país) llamados “expertos independientes”, “grupos de trabajo” y “relatores especiales”. No por nada, como dice Fabián Salvioli, “el Sistema Universal [...] es como el universo: está en constante expansión y nadie sabe para dónde va.”⁶⁵ ¡Y eso que aún no habríamos considerado los equivalentes en cada uno de los sistemas regionales!

Tal vez debamos abandonar la pretensión de colapsar cada derecho humano análogo en un *mismo* principio. Tal vez debamos considerar que se trata de derechos distintos y que la comunidad internacional está embarcada en un proyecto fragmentario en el cual se van construyendo no una sino varias prácticas jurídicas superpuestas.⁶⁶ Si esto es así, entonces nuestra Constitución de un artículo nos habría prometido participar de la construcción de varias “catedrales”. ¿Con cuál de todas ellas armonizamos nuestro aporte? No existiría en abstracto “un

⁶⁴ COVER, R., “*Nomos y narración*,” en Christian Courtis (ed.), *Derecho, narración y violencia. Poder creador y poder destructivo en la interpretación judicial*, 2013, p. 69 (“Resulta notorio que, tanto en el terreno mítico como en el histórico, raramente se haya entendido que el origen y la justificación de los tribunales fuera la necesidad de crear la ley. Más bien, se ha entendido que se trata de la necesidad de suprimir la ley, de elegir entre dos o más leyes, de imponer a las leyes una jerarquía. Es la multiplicidad de leyes, la fecundidad del principio jurisprudencial, el que crea el problema para el cual los tribunales y el Estado constituyen la solución”).

⁶⁵ “Mecanismos de Protección en los Órganos de Tratados del Sistema Universal - Fabián Salvioli,” IIDH Audiovisuales, 27 de septiembre de 2018, video disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=x-lwksBeXMo> (min. 2:24).

⁶⁶ Algunos académicos han expresado “cierta inquietud respecto de lo que se ha llamado fragmentación (tanto sustancial como institucional) del derecho internacional, que con su excesiva singularización y multiplicidad de subregímenes y subramas ha perdido en parte su tradicional carácter unitario y holístico.” BUIS, E., “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica,” en Silvana S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2015, p. 18.

caso del derecho humano a la salud”. Existirían los casos del art. 25 de la DUDH,⁶⁷ los casos del art. 12 del PIDESC,⁶⁸ los casos del art. 24 de la CDN,⁶⁹ los casos del art. 12 de la CEDAW,⁷⁰ los casos del art. XI de la DADDH,⁷¹ los casos del art. 10 del Protocolo de San Salvador.⁷² Solo Ireneo Funes podría ejercer el derecho en un sistema como este.

Queremos rechazar esta conclusión. Queremos poder sostener que tenemos frente a nosotros una sola catedral en construcción con la cual debemos armonizar nuestros aportes, y que la comunidad política argentina le debe a sus habitantes una respuesta que sea consistente con aquellas que recibieron los demás frente a casos análogos. Recordemos la crítica de Saba sobre el tratamiento que recibió Fontevecchia con respecto a su derecho humano a la libertad de expresión por parte de la Corte Suprema argentina y de la Corte IDH:

[A]mbos tribunales están constreñidos en sus tareas interpretativas por un mismo principio cuya inobservancia haría perder sentido a la institución del derecho como tal: me refiero al principio de integridad en el sentido dworkiniano. El derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia no puede significar algo diferente en la Constitución y en la Convención. Mucho menos, esos significados no pueden ser contradictorios: mientras la Corte Suprema considera que la expresión no goza de protección cuando afecta la privacidad de un funcionario público, la Corte Interamericana entiende exactamente lo opuesto. El fin último de ambos instrumentos, el constitucional y el internacional apuntan a proteger un mismo derecho, el de la libertad de expresión, y Fontevecchia tiene el derecho de recibir un mensaje claro de los órganos interpretativos de ambos sistemas, nacional e internacional, sobre el alcance de su derecho en el ordenamiento jurídico argentino.⁷³

⁶⁷ Art. 25, inc. 1 de la DUDH: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”.

⁶⁸ Art. 12, inc. 2 del PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

⁶⁹ Art. 24, inc. 1 de la CDN: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.”

⁷⁰ Art. 12, inc. 1 de la CEDAW: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”

⁷¹ Art. XI de la DADDH: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”

⁷² Art. 10, inc. 1 del Protocolo de San Salvador: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”

⁷³ Roberto Saba, ób. cit., p. 155.

La propuesta de Saba es integrar las soluciones jurídicas hacia adentro del derecho latinoamericano de los derechos humanos. La nuestra es un poco más ambiciosa. Nuestra Constitución de un artículo les promete a los argentinos que recibirán la integridad de todo el DIDH. ¿Pero es factible esto? El valor de la integridad “exige que el gobierno hable con una sola voz, que actúe de forma coherente y basada en principios para con todos sus ciudadanos, que los estándares sustantivos de justicia o equidad que utiliza para algunos los extienda hacia todos.”⁷⁴ ¿Podemos pedirles a nuestros tribunales que se transformen en la “boca” por la cual la comunidad internacional hablará con “una sola voz”? ¿Esto es mucho más de lo que Dworkin esperaba del juez Hércules!⁷⁵ Además de todos los órganos que adjudican e interpretan normas del DIDH, deberán considerar todos los aportes que los tribunales domésticos de otros países hubiesen hecho a esta “catedral global”. Es que, si nos pensamos, como lo hace Waldron, en “miembros de una única comunidad en lo que respecta a la administración de los derechos humanos”⁷⁶ entonces el derecho extranjero tiene necesariamente algún peso sobre nosotros en lo que respecta a nuestra interpretación de algún principio o derecho humano.

iv. *La constitución de un *lusus naturae**

Ejercer el derecho bajo nuestra nueva Constitución no sería nada fácil. De hecho, sería prácticamente imposible. Por un lado, no sabríamos cómo delimitar con precisión la frontera que nos marca nuestro único artículo (“todos los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”). Claro que no sería un problema cuando hablemos de tratados celebrados en el marco del SUDH, pero, a medida que nos acerquemos a sus márgenes, no sabríamos qué normas *siguen siendo* DIDH. ¿Dónde trazamos la línea? Los litigantes en algún momento empezarán a fundar sus demandas en declaraciones de derechos aprobadas por la AGNU; los fiscales a incluir en sus dictámenes resoluciones de organismos especializados como la OMS o UNESCO; los defensores públicos a exigir el respeto de las directrices y guías de principios que elaboraron académicos actuando como expertos independientes; y, con todo ello, los jueces empezarán a resolver basándose en instrumentos celebrados en el marco de sistemas regionales de la otra parte del planeta.

Cuando la penumbra de los márgenes es tan grande, además, se termina relajando la preocupación por si la norma en cuestión integra o no el DIDH. En algún momento alcanzará con que *parezca* un caso de derechos humanos. El discurso jurídico local con el tiempo legitimará el empleo de normas propias de constituciones, códigos y leyes extranjeras en la medida en que consagren un derecho parecido al que el litigante esté exigiendo. Y, para peor, al momento de definir el alcance del derecho en cuestión, cualquier decisión de cualquier órgano será admitida como un parámetro interpretativo válido. No habrá ningún obstáculo jurídico o lógico que impida a los participantes de la comunidad jurídica argentina pretender que se armonice su derecho con

⁷⁴ DWORKIN, R., *Law's Empire*, 1986, p. 165.

⁷⁵ *Id.*, pp. 240-58.

⁷⁶ WALDRON, J., *Partly Laws Common to All Mankind. Foreign Law in American Courts*, 2012 p. 133.

las sentencias u opiniones consultivas de tribunales internacionales, o con las decisiones de órganos cuasi jurisdiccionales, o con los informes y recomendaciones de procedimientos especiales, o con los casos decididos por cortes supremas extranjeras. La única duda que tenemos es si nuestros jueces decidirán ceñirse en cada caso a *un* estándar, corriendo el riesgo de fragmentar el derecho en tantas partes como fuentes lo hubieran consagrado, o se embarcarán en la hercúlea e imposible misión de armonizarlo e integrarlo con todo el ordenamiento jurídico global.

Así las cosas, con el tiempo empezaremos a tener discusiones que deberían estar ya zanjadas en un sistema jurídico estable: no nos quedará claro si una disposición presuntamente infringida integra o no este ordenamiento, no nos quedará claro si el caso se trata siquiera de un derecho humano que pueda ser adjudicado por un tribunal, y no nos quedará claro si los precedentes o decisiones mencionadas en los escritos y sentencias realmente controlan las interpretaciones válidas respecto de aquel derecho. ¿Podría una comunidad jurídica sobrevivir bajo estas condiciones? Ante semejante desacuerdo generalizado sobre la fuente, sobre el contenido y sobre el alcance de los derechos, ¿podrían los participantes en esta obra colectiva seguir aportando de forma responsable a la construcción de la catedral? ¿Cómo se ejerce la abogacía cuando no hay parámetros ni criterios comúnmente compartidos para determinar la validez del derecho positivo vigente? En otras palabras, ¿qué sucede cuando la regla de reconocimiento *hartiana* se vuelve radicalmente indeterminada?

H. L. A. Hart nunca planteó que esta regla debía ser perfectamente unívoca. Los criterios de validez del derecho no siempre son sencillos, mucho menos “en un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de ‘fuentes’ de derecho.”⁷⁷ En estos casos, admitió, “la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales.”⁷⁸ Pero el sistema jurídico “moderno” que nos interesa es muchísimo más complejo del que él imaginaba en su época.⁷⁹ En nuestro caso, el desacuerdo generalizado sobre las fuentes impediría que los participantes puedan siquiera criticarse mutuamente ante una eventual desviación en los criterios de validez utilizados para identificar el derecho positivo, porque estos, sencillamente, no existirían. No habría parámetro alguno para expresar descontento o reprobación ante el “error” de emplear no-derecho en un escrito o sentencia. Mientras que una norma del sistema es válida o inválida en función de los criterios de pertenencia, estos mismos

⁷⁷ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 1961 (AbeledoPerrot 3ra ed., 2009), p. 126.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ BÖHMER, M., “*Lusus naturae*,” en César Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, 2011, p. 192 (“[I]dentificar la regla de reconocimiento presupuesta como trasfondo de los enunciados de validez jurídica en el derecho inglés es relativamente sencillo: sólo requiere describir la práctica común de los tribunales y el hecho de la obediencia generalizada a las órdenes emanadas de esa práctica.”).

criterios no pueden ser, en sí mismos, válidos o inválidos;⁸⁰ solo pueden ser compartidos o no compartidos, y de eso depende su existencia. La regla de reconocimiento no depende de una norma, ni siquiera del art. 1 de nuestra nueva Constitución, porque ella es un hecho, una práctica social.⁸¹

Es difícil saber en qué punto una práctica social compartida se vuelve tan indeterminada que deja de ser una práctica. La regla de reconocimiento implica una “aceptación oficial unificada o compartida”⁸² por parte de los funcionarios del sistema, pero ¿cuán compartida? Nuestra Constitución de un artículo parecería impedir hasta el más mínimo acuerdo. La falta de criterios comunes de validez, como dije más arriba, haría que con el tiempo tomáramos cualquier fuente y cualquier interpretación para argumentar nuestro caso. El único requisito sería la mera apariencia: que tanto la norma como la decisión que determina su alcance puedan ser mínimamente aceptados por nuestros tribunales como elementos que integran “un caso de derechos humanos”. La regla de reconocimiento quedaría completamente diluida, el pedigrí de la norma dejaría de ser importante, y la práctica social pasaría por identificar pretensiones con algún parámetro vago de justicia o moralidad enmarcado en alguna disposición -cualquiera- de derechos humanos. Al fin y al cabo, sería como si la única cláusula de nuestra Constitución dijese: “es derecho válido todo lo que es universalmente justo”. ¿Puede una regla de reconocimiento tener este contenido? Sorprendentemente, Hart creía que sí:

No hay, para mí, ninguna restricción lógica en cuanto al contenido de la regla de reconocimiento: [...] esta podría establecer explícita o implícitamente que los criterios que determinan la validez de las leyes [...] deben dejar de considerarse tales si las leyes identificadas de acuerdo con ellos resultan ser moralmente objetables. Por lo tanto, una constitución podría incluir, entre sus restricciones al poder legislativo, [...] no sólo la conformidad con el debido proceso, sino una cláusula completamente genérica según la cual su poder legal caducaría si sus promulgaciones contrariasen principios de moralidad y justicia. La objeción a este arreglo extraordinario no sería la ‘lógica’, sino la gran indeterminación de estos criterios de validez jurídica.⁸³

Para Hart, es por una cuestión práctica que las constituciones no contienen disposiciones que refieran a lo “justo” o a lo “correcto”; es porque nos veríamos obligados a operar con criterios de

⁸⁰ HART, H. L. A., ób. cit., 1961, p. 135 (“[Con respecto a] la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera.”).

⁸¹ Id., p. 137 (“[U]na regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo [...] [S]ólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.”).

⁸² Id., p. 143.

⁸³ HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, p. 361.

validez demasiado vagos. Creo que la consecuencia es más grave de lo que él pensaba. Tal vez, acostumbrado a la robusta práctica jurídica inglesa, creyó que incluso una regla de reconocimiento que tuviese por criterios de validez parámetros vagos de justicia o de moralidad implicaría nada más algún que otro contratiempo. Pero, en nuestro caso, el empleo de criterios radicalmente indeterminados sería fatal. De hecho, sucedería lo que Hart reservó a modo de hipótesis solo para un caso extraordinario y anómalo de la naturaleza, una situación impensada en la que los jueces siguieran, cada uno, *sus propios* criterios de validez. Si cada juez siguiera el suyo, es decir, si “no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen [la misma] regla de reconocimiento” la consecuencia no sería, como dijo antes, una “gran indeterminación” (*gross indeterminacy*). La consecuencia sería que no habría sistema jurídico. Sin esta apreciación crítica con respecto a quienes se desviarán de los parámetros compartidos, dijo, “estaríamos en presencia de un *lusus naturae*”.⁸⁴

La pesadilla que Hart reservó para el caso más grosero en el cual los jueces emplean sus propios criterios de validez y no critican ni reprochan a sus colegas por desviaciones de los parámetros comúnmente aceptados, nosotros la obtendríamos por vía de una única regla de reconocimiento “compartida” pero sumamente diluida. Si algunos de nuestros jueces citan tratados del Sistema Europeo y otros no, si algunos creen que las directrices de la OMS son derecho y otros no, si algunos recurren a fallos del Tribunal Constitucional español y otros no... ¿podemos decir que comparten los mismos criterios de validez para identificar y reconocer lo que es derecho vigente en Argentina? La Constitución de un artículo habría sido la constitución de un *lusus naturae*.

III. Problemas contingentes: la tradición civilista contra el proyecto del DIDH

i. La ausencia de una práctica adversarial

No abandonemos tan rápido nuestro proyecto. Si incorporar todo el DIDH fuese una buena idea pero impracticable, entonces hay que volverla practicable. Es cierto, al menos en los márgenes, no tendríamos casi criterios comunes de validez del derecho. Los abogados de un lado y del otro se arrojarán distintas normas y distintos precedentes, y los jueces les responderán con otras normas y con otros precedentes. Pero, por suerte, hay mecanismos institucionales blandos para lidiar con este fenómeno (o deberían haberlos).

Quizás podamos aprender algo sobre los debates con respecto al empleo de derecho extranjero para interpretar el significado de cláusulas constitucionales domésticas. Quienes adoptan una postura crítica suelen decir que esta práctica tiende a generar hábitos de uso indiscriminado e irreflexivo de decisiones foráneas. Tanto los abogados como los jueces, dicen, buscan por doquier hasta encontrar algo que apoye el resultado al que querían llegar desde un primer momento, y esta selección caprichosa (*cherry picking*) de casos termina siendo un vehículo ideal para expandir la discrecionalidad judicial. Por ejemplo, en su audiencia de confirmación ante el Senado de los

⁸⁴ HART, H. L. A., ób. cit., 1961, p. 143.

Estados Unidos, se le preguntó a John Roberts por qué estaba en contra del uso del derecho extranjero. Respondió: “Derecho extranjero. Podés encontrar lo que quieras. Si no lo encontrás en las decisiones de Francia o de Italia, será en las decisiones de Somalia o de Japón o de Indonesia o de donde sea.”⁸⁵

Hay distintos motivos por los cuales algunos desaconsejan esta práctica. Hay razones basadas en consideraciones democráticas, las cuales acentúan la importancia de recurrir a métodos interpretativos que pongan el énfasis en los acuerdos políticos locales que dieron lugar a los textos autoritativos que están siendo interpretados.⁸⁶ Las hay basadas en una desconfianza generalizada hacia los jueces, afirmando que esta práctica les permite contrabandear sus propias preferencias personales bajo el ropaje de una cita de autoridad de otro país. Y las hay basadas en las dificultades pragmáticas que impiden poder ejercer el derecho de manera responsable. Estas consideraciones están obviamente interrelacionadas, y quien sostiene una seguramente tendrá algo para decir sobre las otras. Pero me interesa especialmente el último tipo de objeción, la que está relacionada con las dificultades prácticas.

Hay una tendencia hacia “[la] abusiva referencia a sentencias de otros tribunales”,⁸⁷ dijo Rosenkrantz en la audiencia ante el Senado argentino en la que se confirmó su nominación como juez de la Corte. Esta tendencia, explicó, se evidencia en fallos con “invocaciones a sentencias de tribunales extranjeros que ningún administrado puede controlar. Nadie sabe si están bien citadas, nadie sabe si son errores, si fueron revertidos, si continúan vigentes, si [son] una buena interpretación del derecho vigente en ese país... nos cuesta tener un ejercicio acabado con nuestro propio derecho; hacerlo con lo que viene del Tribunal Constitucional alemán, del español, del sudafricano, de Colombia, de Estados Unidos es, a mi criterio, muy problemático.”⁸⁸ Este punto es muy importante. Citar irresponsablemente precedentes de otros países aumenta la impredecibilidad de la práctica jurídica argentina. Cuando las partes se acostumbran a acercarle al juez *cualquier* decisión extranjera, este puede fallar basándose en *cualquier otra* decisión extranjera. El resultado de un pleito será siempre una sorpresa, porque nadie podría anticipar nunca las razones que motivarán la solución.

Pero, como acertadamente advierte Waldron, si es que hay buenas razones sustantivas para recurrir al derecho extranjero, las hay independientemente de si por el momento somos malos haciéndolo. Después de todo, hay buenas razones también para citar precedentes en el ámbito local, y nadie aconsejaría –en el sistema jurídico que Waldron tiene en mente– abandonar el principio de *stare decisis* si no sabemos citarlos. ¿Por qué entonces la diferencia? Este fenómeno del revoleo irreflexivo de precedentes foráneos bien podría ocurrir con precedentes domésticos, citados en tribunales domésticos y para discutir derecho doméstico. Y, sin embargo, esto no

⁸⁵ WALDRON, J., ób. cit., 2012, p. 171.

⁸⁶ Id., pp. 142-70 (Capítulo 6: “Objeciones democráticas y textualistas”).

⁸⁷ “Audiencia Pública Acuerdos (parte 3 de 7),” Senado Argentina, 10 de marzo de 2016, video disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RWcuVdyWBOW> (min. 28:18).

⁸⁸ Id., min. 28:38

ocurre. No ocurre, no porque las partes y los jueces conozcan todas las decisiones locales y desconozcan todas las extranjeras; no ocurre porque los participantes de la práctica jurídica se controlan mutuamente para impedir y evitar que la contraria abuse de los precedentes domésticos de forma desleal.⁸⁹ La diferencia no está en el origen del precedente –si es local o extranjero–, sino en que el sistema adversarial ya disciplina la práctica respecto del uso de precedentes locales. Si un abogado cita una serie de fallos que nada tienen que ver con el caso, o si estos han sido revocados, o si les hace decir lo que no dicen, o si omite otros sumamente importantes, la parte contraria lo señalará enfáticamente. Es el propio sistema adversarial el que disciplina la práctica jurídica hacia formas más éticas y responsables del ejercicio de la abogacía, así como la estructura judicial en instancias de apelación hace lo propio con respecto a la actividad de los jueces.⁹⁰ Y si hay buenas razones para emplear derecho extranjero pero por el momento lo hacemos mal, lo que necesitamos es mejorar, no abandonarlos. Con el tiempo, la práctica jurídica se encargará de lo suyo: “[e]l juez [podrá] renunciar a su propia investigación sobre el derecho extranjero [cuando pueda] estar seguro de que ambas partes están llevando a cabo una investigación agresiva y adversarial. En este sentido, la invocación del derecho extranjero no difiere mucho de la invocación de un precedente doméstico o, incluso, de la producción de prueba.”⁹¹

Tal vez nuestra Constitución de un artículo no esté totalmente perdida. Tal vez, incluso adoleciendo de una radical indeterminación jurídica desde su nacimiento, pueda, sin embargo, sobrevivir y desarrollar acuerdos compartidos generalizados en lo que respecta al ejercicio responsable del derecho. Lo que necesitaríamos es el mismo antídoto que Mark Rahdert cree que podría disciplinar el uso irreflexivo de precedentes extranjeros: “[e]s un buen ejercicio de la abogacía, no un montón de reglas, lo que permitirá a los tribunales determinar qué precedente constitucional comparado cuenta, en qué medida cuenta y para qué cuenta.”⁹² Nuestra Constitución de un artículo también dependerá del “buen ejercicio de la abogacía” para superar todas las indeterminaciones señaladas en la sección anterior. Serán los profesionales de las disciplinas jurídicas quienes deban desarrollar aquellos criterios necesarios cuya aceptación compartida dotará de mayor certeza y determinación a toda la práctica. Serán estas reglas no escritas –pero igualmente obligatorias– las que traerán hacia el centro casos que antes vivían en los márgenes. Serán estos acuerdos generalizados sobre los criterios compartidos de validez los que permitirán resolver con agilidad los problemas sobre si una norma es o no es DIDH, sobre si una determinada disposición involucra un derecho que pueda ser adjudicado, y sobre qué

⁸⁹ WALDRON, J., ób. cit., 2012, pp. 177-180.

⁹⁰ Id., p. 177 (“La estructura de nuestro sistema judicial en instancias de apelación y el uso de votos concurrentes en los tribunales colegiados, incluidas las disidencias públicas, implica que los errores en el uso de los precedentes en los votos de los jueces serán detectados y comentados. También significa que los jueces, discutiendo entre sí de la forma en que es familiar en la política de nuestros tribunales superiores, se apresurarán a señalar cuando crean que un colega ha extraído más de un precedente de lo que este permite o ha dejado de citar un precedente relevante.”).

⁹¹ Id., p. 178.

⁹² Mark Rahdert, “Comparative Constitutional Advocacy,” *American University Law Review*, Vol. 56, No. 3, pp. 661-62 (2007), citado en WALDRON, J., ób. cit., 2012, p. 180.

estándares deben regir la interpretación de un derecho en un caso determinado. Si logramos todo esto, la indeterminación habrá existido sólo como punto de partida, y el sistema adversarial argentino habrá podido encorsetar los disímiles criterios de validez empleados por sus participantes, reduciendo, con el tiempo, el tipo de normas y de precedentes que las partes mencionan en sus escritos y que los jueces emplean para justificar sus decisiones.

Siendo honesto, no creo que nada de esto llegue a ocurrir. Nuestras virtudes y defectos se dan exactamente a la inversa de lo que sugiere Rahdert: somos malos ejerciendo la abogacía, y buenos sancionando un montón de normas. De hecho, ni hace falta seguir imaginando el escenario hipotético. Abandonemos el ejercicio y volvamos a la realidad: tenemos las mismas prácticas viciadas de una comunidad jurídica que hubiese decidido adoptar una Constitución de un artículo. El sistema jurídico argentino ya está transicionando hacia un *lusus naturae*.⁹³ Mi argumento principal en esta sección es el siguiente: la tradición civilista contribuye a la generación de ciertos vicios por parte de los practicantes en un sistema de derecho codificado que, combinados con una constitución que incorpora masiva y generosamente el DIDH, resulta en un agravamiento de la indeterminación jurídica. En esta loable empresa, la codificación se presenta como un obstáculo –un verdadero *hándicap*– que atenta contra la unidad y homogeneización del DIDH incorporado, y eso lo hace principalmente por dos motivos: por un lado, por no tener una teoría del precedente; por el otro, por no contar con una cultura de la argumentación. Tal vez el estudio de algunos casos reales me permita ejemplificar esta idea.⁹⁴

ii. *La ausencia de una teoría del precedente*

Si queremos solucionar los problemas teóricos relacionados con la indeterminación radical del derecho, no podemos ignorar la cultura o tradición jurídica en la que estamos inmersos. Si lo

⁹³ Martín Böhmer no llega al extremo de sostener esto, pero sí nos advierte de los peligros de no lidiar responsablemente con la complejidad de nuestros sistemas jurídicos modernos. Este fenómeno extraño de la “incertidumbre de la regla de reconocimiento”, que para Hart era tan solo un problema marginal, una anomalía, para nosotros es algo central. Como dice Böhmer, “una vez desaparecidas las certezas de la codificación y el autoritarismo[,] y abiertos los diques del derecho internacional, la constitucionalización de las discusiones jurídicas, la fragmentación del derecho en áreas relativamente autónomas y la multiplicación de las fuentes del derecho (entre otros fenómenos regionales)”, advertimos que convivimos con márgenes de indeterminación jurídica que han dado origen a muchos problemas. Böhmer, M., ób. cit., p. 202.

Hart dedicó dos líneas en su libro a explicar algo que solo pudo haber imaginado. Pero “[e]n nuestro caso, en cambio, dada la disparidad de criterios para identificar en qué consiste el derecho, resulta sorprendente la indiferencia por esta cuestión”, Böhmer, p. 186-7.

⁹⁴ Creo importante señalar que como el fenómeno que quiero ilustrar está presente en toda la práctica jurídica argentina, los casos de la Corte Suprema muestran tan solo parcialmente el problema. La forma en que la Corte resuelve casos aplicando el DIDH -correcta o incorrectamente- no puede sino ser un “muestreo” parcial de la manera en que lo hacen los tribunales inferiores y los litigantes. Tomar un puñado de sentencias del máximo tribunal sólo puede servir como indicador, pero nunca como representación fidedigna de la forma en que los tribunales argentinos adjudican derechos humanos. Por este motivo, me veo en la necesidad de incluir en el análisis sentencias de otros tribunales de otras instancias y de jurisdicciones diferentes. Por cuestiones de espacio, en este trabajo sólo puedo mencionar tres: uno de la Corte, uno de la Cámara Nacional Electoral, y uno del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

anterior era de por sí problemático en abstracto, más aún se vuelve cuando se lo sitúa en una práctica que, como la argentina, es heredera de la tradición codificadora. Por codificación no me refiero a la mera utilización de códigos como técnica legislativa preferida. Una tradición jurídica es mucho más; es una ideología con un fuerte componente cultural que permea instituciones, prácticas, creencias, formas de enseñanza y de ejercicio del derecho.⁹⁵

La tradición del derecho civil gira en torno a la ley escrita. La tarea de los jueces consiste en aplicar los textos que sanciona el legislador, más precisamente el código, el cual se presume que es coherente, completo, claro, y que regula toda situación humana posible. La codificación insiste con que el significado de la ley es lo suficientemente evidente como para que no sea necesario interpretarla, por lo que cada juez solo tiene que “aplicarla”. Esta creencia necesariamente repercute en la manera en que los operadores jurídicos se aproximan a las sentencias de los tribunales. El peso de otras decisiones en el razonamiento jurídico es mínimo, no solo por no tratarse de una de las “fuentes” del derecho sino que, además, no puede brindarnos información valiosa sobre el significado de la norma que fue aplicada. Cada sentencia es vista como una instancia de aplicación del derecho, pero no como si ellas fuesen o creasen derecho. Si la “lealtad” jurídica de un juez de derecho continental está puesta en la ley y no en las decisiones de sus colegas, eso quiere decir que lo que otros tribunales, superiores o inferiores, hubiesen dicho con respecto al tipo de caso que aquel está resolviendo, poco tiene para aportar; en definitiva, cada uno hizo el mismo ejercicio de subsumir las mismas normas en hechos análogos.

Algunos creen que la ausencia de una teoría del precedente en países de tradición codificada es, en realidad, una virtud. Para Damaska, por ejemplo:

Una doctrina del precedente vinculante sería mucho más rígida en un marco institucional continental que en uno del derecho consuetudinario. La principal razón no consiste tanto en que el primero posea un mayor espíritu de obediencia a los superiores en comparación con el segundo, sino en la diferencia en cómo entienden al precedente [...] El juez continental no pondera la simetría de situaciones fácticas que, bajo el auspicio del *stare decisis*, permitiría la realización de distinciones finas asegurando un flexible crecimiento del derecho. Más bien lo contrario, él busca en decisiones previas reglas cada vez más concretas, despreciando el contexto fáctico que envuelve al caso [...] [L]os estándares de las decisiones se volverían con el tiempo intolerablemente

⁹⁵ Sigo a John Merryman en esto: “[la tradición jurídica] no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas en un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.” MERRYMAN, J., *La tradición jurídica romano-canónica*, 1971, p. 15.

rígidos, [y] cada nueva decisión [sería] una gota en la formación de una estalactita de normas cada vez más larga.⁹⁶

Esta observación puede ser cierta, y la ausencia de una teoría del precedente tal vez verdaderamente impida que los jueces pretendan cristalizar las decisiones de sus superiores en la conformación de nuevas reglas de derecho sumamente rígidas. Pero si las decisiones de otros tribunales no pueden ser mencionadas en un caso como un argumento definitivo o concluyente tendiente a demostrar que el derecho “exige” cierta solución o que existe cierta “regla”, queda allanado el camino para que suceda justamente el fenómeno contrario: cualquier decisión puede ser mencionada en un escrito, sentencia, o dictamen, pues lo que se está haciendo no es presentar una regla rígida de derecho sino un “ejemplo” de cómo una norma ha sido aplicada. ¿Qué precedentes judiciales (y en qué condiciones) pueden ser citados en un escrito o sentencia? La tradición civilista no tiene respuesta. Cada profesional tiene la comodidad y libertad suficientes para mencionar en sus escritos decisiones de otros tribunales que, según su parecer (o conveniencia), puedan ejemplificar cómo un precepto jurídico podría ser aplicado a un caso. El no tener pautas sobre qué precedentes pueden tener algún peso o autoridad sobre el caso a resolver, y el no saber cómo distinguir cuáles son lo suficientemente análogos como para ser citados, más que evitar la “formación de una estalactita de normas cada vez más larga”, contribuye a la indeterminación jurídica y a la erosión de la unidad y homogeneización del derecho, en especial en un sistema que ha decidido incorporar masivamente el DIDH. Veamos un ejemplo.

En 2011 la Corte Suprema resolvió “Pellicori”,⁹⁷ un caso en el cual una mujer había demandado a su empleador por haberla despedido de forma presuntamente discriminatoria. Por primera vez la Corte se pronunciaría sobre el estándar de prueba en este tipo de casos. ¿Cómo probar la intención discriminatoria detrás de un despido? ¿Cómo convencer a un tribunal del “estado mental” de quien decidió finalizar el vínculo laboral? Lo que correspondía, dijo, era invertir la carga de la prueba: la trabajadora debería tan solo arrimar elementos mínimos para tener por acreditado *prima facie* un acto de discriminación, tras lo cual sería su empleador quien tuviese que probar que el despido había obedecido a razones legítimas.⁹⁸ El caso era complicado porque, además de estar en juego los derechos de la persona presuntamente discriminada, habían consideraciones del debido proceso que tenían que ser explicadas. ¿Podría ser constitucional invertir la carga de la prueba de semejante manera y exigir que sea el demandado quien tenga que probar que *no* discriminó?

⁹⁶ DAMASKA, M., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986, p. 37. Agradezco a Roberto Saba por haberme señalado en su tesis el argumento de Damaska; ver SABA, R., *A Community of Interpreters*, JSD Dissertation, Yale Law School, 2011, p. 227 (sin publicar).

⁹⁷ CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, *Fallos* 334:1387 (15/11/2011).

⁹⁸ El estándar probatorio fue tomado prestado de forma incompleta de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa “McDonnell Douglas Corp. v. Green,” 411 U.S. 792 (1973).

Para un tribunal cuyos integrantes fueron entrenados bajo la tradición civilista y al cual, además, se le han borrado las fronteras de lo que constituye derecho, esto no es realmente un problema. Al “[estar] en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación”,⁹⁹ es decir, al tratarse de un caso de derechos humanos, este se resuelve prácticamente solo: seguramente *algún* tribunal en *algún* país tuvo que haber decidido *algún* caso remotamente similar. Pasar de los materiales autoritativos a los materiales no autoritativos resulta ser un paso muy pequeño y muy fácil de hacer cuando no tenemos una teoría del precedente, y “Pellicori” es una oda a este fenómeno.

De forma preliminar, la Corte mencionó que a la trabajadora le asistían garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico local e internacional, lo cual podría llegar a tener un punto de contacto con el respeto al debido proceso.¹⁰⁰ Pero como el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos apuntaba a “las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan [las] víctimas para acreditar, mediante plena prueba, [un motivo discriminatorio],”¹⁰¹ estaba claro que era necesario reducir la exigencia probatoria.

Habiendo aclarado la garantía procesal y su estándar, ahora la Corte debía encontrar las normas que consagraban el derecho infringido de Pellicori. Los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, dijo, están consagrados en la Constitución Nacional (art. 16), en la DADDH (art. 2), en la DUDH (arts. 2 y 7), en el PIDCP (arts. 2.1 y 26), en el PIDESC (arts. 2 y 3), en la CADH (arts. 1.1 y 24), en la CEDAW (arts. 2, 3 y 5 a 16) y en la ICERD. Pero también en la CDN (art. 2), aunque Pellicori no era una niña... (¿habrá la Corte considerado que era el *mismo* derecho independientemente del instrumento?).

Habiendo trazado el mapa de la normativa relevante, la Corte ya estaba en condiciones de ejemplificar aplicaciones de este estándar probatorio, de interpretar y determinar el alcance del derecho vulnerado. Comenzó con lo dicho por el Comité contra la Discriminación Racial (CERD) mediante una cita extensa y en idioma inglés de sus Observaciones Finales en un caso de Zambia;¹⁰² lo respaldó con sus propias observaciones para casos de Australia,¹⁰³ Islandia,¹⁰⁴ Moldavia¹⁰⁵ y Estados Unidos;¹⁰⁶ y aseguró que ello se correspondía, aparentemente, con lo que aquel Comité había expresado en su Recomendación general XXX de 2004 (¿era “Pellicori” un caso de discriminación racial? No importa, ese no es el punto. Algún estándar, regla o frase contenida en los documentos del CERD seguramente podría aplicarse al caso que la Corte tenía

⁹⁹ CSJN, “Pellicori”, consid. 2, p. 1.

¹⁰⁰ Id., consid. 5, pp. 4-5 (“[E]l diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso.”).

¹⁰¹ Id., consid. 5, p. 5.

¹⁰² Concluding observations: Zambia, 2005, CERD/C/ZMB/CO/16 (párr. 18).

¹⁰³ Concluding observations: Australia, 2005, CERD/C/AUS/CO/14 (párr. 15).

¹⁰⁴ Concluding observations: Iceland, 2005, CERD/C/ISL/CO/18 (párr. 14).

¹⁰⁵ Concluding observations: Republic of Moldova, 2008, CERD/C/MDA/CO/7 (párr. 10).

¹⁰⁶ Concluding observations: United States of America, 2008, CERD/C/USA/CO/6 (párr. 35).

en sus manos). Estos últimos lineamientos, dijo, estaban sólidamente arraigados y extendidos en el derecho internacional, lo cual se evidenciaba en los pronunciamientos de otros comités. Por ejemplo, el Comité DESC había hecho lo propio en su Observación General nro. 20¹⁰⁷ y en sus Observaciones Finales con respecto a Hungría,¹⁰⁸ Liechtenstein,¹⁰⁹ Luxemburgo,¹¹⁰ Grecia,¹¹¹ y Polonia.¹¹² También había pronunciamientos relevantes del Comité de Derechos Humanos con respecto a Islandia¹¹³ y Chile;¹¹⁴ del Comité CEDAW con respecto a Alemania,¹¹⁵ Luxemburgo¹¹⁶ y Lituania;¹¹⁷ y de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT.¹¹⁸ Hasta acá, ningún “préstamo”.

Pero pronto, la frontera de lo que constituye derecho argentino comienza a borrarse. Como lo que está en juego es un derecho universal, terminaron siendo relevantes las sentencias del TEDH,¹¹⁹ los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹²⁰ y las directivas del Consejo de Europa.¹²¹ De hecho, cualquier órgano de vigilancia de cualquier tratado de derechos humanos tiene algo importante para decirle a Pellicori, por eso la Corte consideró “oportuno y conveniente”¹²² citar las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (como intérprete de la Carta Social Europea)¹²³ y las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.¹²⁴ Y como la universalidad del derecho penetra las fronteras de cada país, la Corte exploró sentencias del Tribunal Constitucional de España,¹²⁵ *arrêts* de la Corte

¹⁰⁷ Observación general no. 20. La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2009.

¹⁰⁸ Observaciones finales: Hungría, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8 y 31.

¹⁰⁹ Concluding observations: Liechtenstein, 2006, E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7 y 26.

¹¹⁰ Concluding observations: Luxembourg, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10.

¹¹¹ Observaciones finales: Grecia, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6.

¹¹² Observaciones finales: Polonia, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7.

¹¹³ Observaciones finales: Islandia, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5.

¹¹⁴ Observaciones finales: Chile, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18.

¹¹⁵ Observaciones finales: Alemania, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18.

¹¹⁶ Observaciones finales: Luxemburgo, 2003, A/58/38, párr. 295.

¹¹⁷ Observaciones finales: Lituania, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4; párr. 5.

¹¹⁸ Estudios generales “Igualdad en el empleo y la ocupación,” 1988; “Igualdad de remuneración,” 1986 (párrs. 102 y 167); y “Libertad sindical y negociación colectiva,” 1983 (párrs. 280); y la “Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Uruguay (ratificación: 1989) Publicación: 2010), segundo párrafo.”

¹¹⁹ “D.H. et autres c. République Tchèque / D.H. and Others v. the Czech Republic” (13/11/2007); “Natchova et autres c. Bulgarie / Natchova and others v. Bulgaria”; “Muñoz Diaz c. Espagne / Muñoz Díaz v. Spain” (08/12/2009).

¹²⁰ “Danfoss” (asunto 109/88, sentencia del 17 de octubre de 1989, Recopilación 1989, p. 3199); y a “Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/Firma Feryn NV” (asunto C 54/07, sentencia del 10 de julio de 2008, esp. párr. 30).

¹²¹ Directivas 97/80/CE (15/12/1997), 2000/43/CE (29/06/2000), 2000/78/CE (27/11/2000), y 2004/113/CE (13/12/2004).

¹²² CSJN, “Pellicori”, consid. 8, p. 11.

¹²³ Reclamo nro. 24/2004, SUD “Travail Affaires sociales c. France” (8/11/2005); y las Conclusions 2008, vol. 1, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2008.

¹²⁴ Recommendation de Politique Générale N°7 de L’ECRI sur la Législation Nationale pour Lutter contre le Racisme et la Discrimination Raciale (13/12/2002).

¹²⁵ STC 17/2003 (30/01/2003); STC 17/2007 (12/02/2007).

Constitucional belga,¹²⁶ y precedentes de la Cámara de los Lores inglesa (con mención especial del voto de la Baronesa Hale de Richmond).¹²⁷ Si cualquier estándar interpretativo de cualquier tribunal nos sirve, eso quiere decir que las fuentes del derecho ya no importan. Y si no importan, cualquier norma de cualquier país que consagre algún derecho más o menos parecido puede reforzar la solución de la Corte: fue así que esta se apoyó también en los dictados de la ley francesa nro. 2008-496 (aparentemente modificatoria del art. L 1134-1 del Código del Trabajo), en la Ley Orgánica española 3/2007, en la Ley General de Igualdad de Trato alemana, y en el Código de la Igualdad de Oportunidad italiano.

Argentina ha iniciado una clara tendencia hacia un *lusus naturae*. Cualquier norma de cualquier sistema puede encontrar su lugar en el razonamiento práctico de los jueces, y los criterios interpretativos se recogen de fuentes tan disímiles que ningún abogado puede contribuir a precisar el alcance del derecho que considera infringido. ¿Qué hacemos con todo esto? ¿Qué es lo que se espera que haga un abogado medianamente preocupado por seguir los lineamientos que el máximo tribunal plasma en sus sentencias para saber cuál es el derecho vigente en Argentina? ¿Debe empezar a seguir las decisiones de la Cámara de los Lores? ¿Asegurarse de que el Código de la Igualdad de Oportunidad italiano no se reforme en lo sucesivo? ¿Comenzar a citar en sus escritos *arrêts* de la Corte Constitucional belga? Cuando la regla de reconocimiento se diluye al punto de volverse radicalmente indeterminada, los criterios de validez del derecho disparan para cualquier lado. Cualquier fallo de cualquier órgano sobre cualquier tema se vuelve “citable” en un escrito o una sentencia, y la advertencia que nos hace Damaska se vuelve en su contra: es cierto que los abogados y jueces continentales no estamos entrenados para distinguir qué rasgos relevantes separan casos análogos de los que no lo son, pero cuando un sistema jurídico se abre por completo al derecho internacional, el problema de citar irreflexivamente se multiplica al infinito, pues se nos invita a considerar miles de otras decisiones cuyos hechos ignoramos por completo. Nadie se preocupa siquiera por explicar en qué consistían los precedentes que la Corte utilizó para justificar su decisión. “Natchova et autres c/ Bulgarie” puede ser interesante, pero ¿de qué se trata? La Baronesa Hale de Richmond debe haber hecho un buen trabajo en “Regina v. Immigration Officer”, pero... ¿era el caso siquiera parecido a “Pellicori”?

¿Qué nos dice la Corte sobre todo esto? Nada. Después de diecinueve páginas de citar las más variadas decisiones, recomendaciones, sentencias y *arrêts*, en la número veinte advierte al lector que “si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos.”¹²⁸ Este es precisamente el problema. Lo que la Corte cree que son “pormenores” es en realidad *derecho*. La práctica jurídica argentina ya demuestra haber incorporado estos vicios que tan solo esbocé por vía de hipótesis en la sección anterior. Sin tener

¹²⁶ Arrêt nro. 17/2009 (12/02/2009).

¹²⁷ “Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others” (09/12/2004).

¹²⁸ CSJN, “Pellicori,” consid. 11, p. 20.

una Constitución de un artículo, tenemos las mismas prácticas viciadas que desarrollaríamos si tuviéramos una.

De más está decir que la decisión final de “Pellicori” nos gusta. ¿Quién querría exigirle a una víctima de un acto discriminatorio que tuviese que demostrar con plena prueba la intención subjetiva discriminadora en la mente de su empleador? Sin embargo, no debemos olvidar que estos vicios de la práctica jurídica no son meras repeticiones inocentes en la que, simplemente, se cita en demasía decisiones no autoritativas de órganos internacionales y extranjeros para intentar justificar una decisión que, de todos modos, consideramos justa. Si así fuese, el único problema sería la redundancia normativa. Pero el vicio de tomar una decisión y alegar que tiene el “apoyo” de cualquier otra decisión remotamente parecida y de nula autoritatividad puede estar presente también en casos cuyo resultado consideremos notoriamente injusto.

Pensemos en “Ciudad Futura”,¹²⁹ el caso que tuvo que resolver la Cámara Nacional Electoral (CNE) sobre la conformación de una lista integrada en su totalidad por mujeres. De seguro uno creería que hay muy buenos argumentos constitucionales para justificar su validez. La Cámara no lo creyó así. Comenzó refiriéndose al art. 37 de la Constitución Nacional, que “garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación”.¹³⁰ Como estaban en juego derechos humanos (igualdad y participación política), la Cámara fue directamente y sin escalas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.¹³¹ Luego, tal vez recordando la importancia de las fuentes y la necesidad de resolver en función de normas que integren el derecho vigente argentino, mencionó la CADH, el PIDCP y la CEDAW. Pero como más precedentes podían todavía ser citados, pasó a mencionar fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos,¹³² del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹³³ del Tribunal Constitucional español (por segunda vez), y de la Corte IDH.¹³⁴ Recordando que había más normas en nuestra Constitución, volvió sobre ella y enumeró concatenadamente los arts. 1, 22, 37, 38, 39 y 40, para, rápidamente, pasar a hablar de la Carta Democrática Interamericana. Citó de nuevo a la Corte IDH –esta vez para traer a colación una opinión consultiva–,¹³⁵ volvió por tercera vez sobre el Tribunal Constitucional español¹³⁶ y, por último, justificó la decisión en el “sentido común”.¹³⁷ ¿Qué de todo ello es

¹²⁹ CNE, “Ciudad Futura” (13/07/2017).

¹³⁰ Id., consid. 3, p. 3.

¹³¹ STC 52/08, 29/02/2008 (“pretendiendo la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos.”).

¹³² “Fontiero v. Richardson”, 411 U.S. 677 (1995).

¹³³ “Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen”, Caso C-459/93 (11/11/1997); y “Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen”, caso C-409/95.

¹³⁴ “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); y “Yatama vs. Nicaragua”, Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹³⁵ OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

¹³⁶ STC 30/2009.

¹³⁷ CNE, “Ciudad Futura”, consid. 13, pp. 21-22 (“por otra parte y a mayor abundamiento, se debe señalar que no existe ninguna razón que justifique que al momento de resolver un caso, el Derecho deba apartarse del sentido común,

derecho vigente en Argentina? No lo sabemos –y seguramente los jueces tampoco– pero, sea lo que sea, algo de todo eso aparentemente justificaba el rechazo de la lista presentada por el partido feminista de Santa Fe.

La tradición civilista contribuye a la generación de vicios propios de una práctica jurídica en la cual, al no haber obligatoriedad del precedente, no hay desarrollos sobre cómo y bajo qué condiciones un fallo puede ser traído a la conversación y dotado de algún tipo de autoridad. Si esto lo combinamos con un sistema jurídico completamente abierto al derecho internacional, las decisiones de cualquier órgano jurisdiccional –o cuasi jurisdiccional– que sean remotamente similares en el tema a resolver pueden encontrar un lugar en la argumentación de un caso doméstico. Pero este es solo uno de los problemas que la tradición civilista agrega a un sistema completamente abierto al DIDH. El segundo consiste en la forma de *no* argumentar los casos.

iii. *La ausencia de una cultura de la argumentación*

Hay otro problema íntimamente relacionado con el anterior. La tradición civilista ve al juez como un técnico, como un operador de una máquina que diseñó y construyó otra persona.¹³⁸ De él no se espera una creatividad argumentativa en su oficio, sino que se le pide que “aplique” las normas generales que el legislador pensó para resolver casos particulares. Esa es, justamente, la principal destreza de un buen abogado civilista; debe ser capaz de dominar las normas del Código, conocerlas casi de memoria o, al menos, poder referirse a ellas con agilidad. Así nos han enseñado en las facultades de derecho. Primero averiguamos de qué se trata el caso (los hechos), y luego respondemos qué normas son aplicables (los artículos). Es un ejercicio que, cuando uno lo domina, sale con naturalidad: ¿es este un caso de medianería?, entonces está regulado por los artículos 2009, 2010, 2013, 2014, 2016 y concordantes del Código Civil y Comercial (CCyC). ¿Es un caso de sucesión intestada?, entonces se aplican los artículos 2424, 2425 y 2485 CCyC. ¿Es un caso de propiedad horizontal?, se aplican los arts. 1887, 1888, 2037, 2038, 2039 y concordantes del CCyC. “Fundar en derecho”, para el abogado heredero de la tradición codificadora, es enumerar los artículos que “controlan” el fondo de la controversia. El abogado solo tiene luego que convencer al juez de que el caso que tiene frente a él constituye una instancia de aplicación de esas mismas reglas, de que solo hace falta hacer un mero ejercicio silogístico de subsunción.

Este enfoque es ridículamente inadecuado para argumentar “casos difíciles”. Un típico caso constitucional suele involucrar derechos o principios descritos vagamente en los artículos de la Constitución (“autonomía”, “libertad”, “debido proceso”, “igualdad”), los cuales pueden y suelen colisionar. Las escuelas de derecho no nos han entrenado para resolver este tipo de conflictos que, lejos de la repetición memorística de reglas, suele exigir un ejercicio de ponderación o de

forzando interpretaciones que lo contradicen” y “no puede sino generar asombro y rechazo la pretensión de oficializar una lista compuesta en su totalidad por un solo género”).

¹³⁸ Merryman, J., “Legal Education There and Here: A Comparison,” *Stanford Law Review*, Vol. 27, Nro. 3, p. 866 (1975).

interpretación valorativa. Resolver casos de derechos humanos también demanda un esfuerzo argumentativo-interpretativo. Los tratados y declaraciones no contienen normas que regulan la cantidad de testigos que se necesitan para probar un testamento, o a partir de qué altura un muro lindero entre dos edificios se presume medianero. Los artículos de los instrumentos de DIDH consagran derechos sumamente complejos, justificados en principios morales y redactados en un lenguaje abstracto.

Cuando el sistema jurídico civilista se abre radicalmente al derecho internacional, cuando la práctica monoteísta del Código Civil cede su lugar preponderante que tiene en la práctica jurídica para dar paso a decenas de instrumentos de derechos humanos, uno debería esperar que muchas cosas cambien. Uno debería esperar que la práctica jurídica quede completamente reconfigurada y que las facultades, los abogados y los jueces asuman con responsabilidad el radical cambio que su nueva profesión les exige. Pero en Argentina esto no ha sucedido. Los textos se cambiaron, la Constitución fue reformada, los tratados de derechos humanos fueron incorporados al derecho argentino, pero lo que no ha cambiado ni un poco es la enseñanza del derecho y, en consecuencia, su manera de ejercerlo. Al abogado le han cambiado las herramientas de trabajo, le han reemplazado el Código Civil por los tratados de derechos humanos, pero no le han cambiado la metodología. Si antes enumeraba en sus demandas todas las reglas del Código que creía aplicables al caso, ahora lo hace con todos los artículos de tratados y declaraciones sobre derechos humanos. Sigue sin haber rastro de argumentación jurídica e interpretación valorativa, sino pura acumulación y repetición irreflexiva de normas.

Tal vez un ejemplo logre ilustrar el punto que quiero hacer: en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT) de la CABA, a comienzos de cada año, suele haber una gran cantidad de demandas interpuestas contra el GCBA por los padres de niños que no han conseguido una vacante para ellos en alguna escuela pública. Los casos son todos más o menos similares, y la vía del amparo suele ser suficiente para que, cautelarmente, el Gobierno otorgue la vacante peticionada. ¿Qué clase de caso sería uno como estos? Ciertamente, uno sobre el derecho a la educación. Pero para el abogado entrenado en la tradición civilista, acostumbrado a mencionar concatenadamente todas las normas que podrían ser aplicables, la incorporación del DIDH le permite acumular reglas de todo tipo. Por ejemplo, el siguiente es un extracto de una demanda tomada de un caso que tramitó en un juzgado de primera instancia del fuero CAyT. En el escrito de inicio, luego de narrar los hechos, el abogado fundó el derecho del niño en:

Constitución Nacional en adelante CN- arts. 14°, 75° inc. 19 y 22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12°; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 26.1 y 26.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en adelante PIDESC-, precepto 13°; Convención sobre Derechos del Niño, art. 28°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24°; ley 26.206; Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en adelante CCABA-. Arts. 23°, 24°, 25,



39°; ley 114; ley 3331, entre otros. En suma, no solo el derecho de marras, sino, asimismo, todos aquellos derechos que, sin su intermedio, devienen imposible de gozar: el derecho a la vida digna, a la autodeterminación personal, a la libertad, a la igualdad, entre otros. Y por [esta] razón[,] la omisión [estatal] cuyo inmediato cese se peticiona, resulta notoriamente violatoria, entre otros, de los arts. 33°, 75 inc. 22° CN; preceptos 1°, 2°, 3°, 17° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 6°, 9°, 12°, 26° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 4°, 5°, 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2°, 3°, 23° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2°, 11°, 12° del PIDESC, entre otros.¹³⁹

Cuando un sistema jurídico se abre por completo al derecho internacional, una cantidad inimaginable de normas pasan a integrarlo y a competir por controlar la resolución de cada caso doméstico. Su manejo responsable también exige una práctica profesional disciplinada. En un típico caso de derecho privado, cuya respuesta se presume encerrada en los cuatro rincones del Código, es relativamente sencillo darnos cuenta de qué se trata. Será “un caso de medianería”, o “uno de sucesión intestada”, o “uno de propiedad horizontal”; y, sea cual fuere, se explicará y se resolverá a partir del propio conjunto de normas que controla cada uno.

Pero los casos de derechos humanos son de una naturaleza muy distinta. Y, sin embargo, para el abogado entrenado en la tradición civilista, un caso de derechos humanos es un mundo de posibilidades: un niño que no puede ir a la escuela es “un caso de educación”, sí, pero también es “un caso de igualdad” (otros niños acceden a un servicio que él no), es “un caso de discriminación” (si se le rechaza la prestación es que su familia no cuenta con los recursos para inscribirlo en una escuela privada), es “un caso de derecho al trabajo” (no podrá ejercer una profesión calificada si no puede acceder a la escolarización primaria), es “un caso de vida digna” (sin educación no podrá acceder a condiciones que aseguren su bienestar, seguridad, y necesidades básicas), es “un caso de autodeterminación personal” (los cursos de acción que podrá tomar en su vida adulta se reducen drásticamente sin la información y conocimiento para emprenderlos), entre otros. Precisamente eso: “entre otros”. Con esas palabras concluye el extracto citado de la demanda. Nuestro abogado necesita recordarle al juez que aún hay derechos que debe considerar pero que no son mencionados porque la lista de derechos es en sí indeterminada. Para el abogado entrenado en la cultura civilista, quien aprendió a fundar sus demandas enumerando las normas que regulan su pretensión, la apertura del sistema le rompe las paredes del Código y lo invita a considerar el vastísimo universo de los derechos humanos con cientos o miles de normas adicionales. Ya no le alcanzará ni el tiempo ni el espacio para enumerar

¹³⁹ “C., G. I. y otros c/ GCBA s/ Amparo - Educación-Vacante”, exp. 102361/2021-0; demanda presentada ante el Juzgado Nro. 23° en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

concatenadamente los artículos-normas-derechos vulnerados. Y si en cada caso está en juego *todo* el DIDH, al final...¿cuán lejos estamos de la Constitución de un artículo?

IV. Conclusión

Este trabajo partió de un escenario hipotético: ¿qué sucedería si adoptásemos una Constitución que transformara en derecho vigente todo el derecho internacional de los derechos humanos? Nuestro entusiasmo por el nuevo proyecto tendría que lidiar con las consecuencias que produciría una altísima indeterminación en cada rincón de la práctica jurídica. Habría indeterminación en el aspecto normativo, porque no tendríamos criterios claros sobre qué es y qué no es un “derecho del DIDH”. Habría indeterminación en el aspecto conceptual, porque muchas normas, incluso reconociendo que integran el ordenamiento internacional, refieren tan solo a un interés (humano) que difícilmente se pueda corresponder con una obligación como contrapartida, es decir, que se trate de un derecho que pueda ser adjudicado en un tribunal. Y habría indeterminación en el aspecto interpretativo, porque el altísimo número de órganos que resuelven “casos” de derechos fundamentales (sea en virtud de su competencia contenciosa -internacional o doméstica-, o por emitir opiniones consultivas, o por dar tratamiento a peticiones individuales, o por dictar recomendaciones con respecto a situaciones particulares, etc.) nos pondría frente a la imposible tarea de escoger solo los estándares de un órgano (y fragmentar el derecho) o considerarlos a todos (y colapsar en el intento).

Necesitaríamos criterios claros para todo. Para saber qué normas integran el DIDH, para saber qué normas del DIDH involucran genuinos “derechos”, y para saber cuál es el alcance de estos derechos. Al fin y al cabo, el problema no es tan insuperable como parecía: solo necesitamos pautas claras que puedan ser compartidas en el ejercicio de la abogacía y que una comunidad jurídica responsable pueda desarrollar con el tiempo a través de la actuación de sus profesionales. Sin embargo, nuestra cultura jurídica civilista atenta contra ello. No contar con una teoría del precedente nos invita a citar indiscriminadamente cualquier decisión que tenga mínimamente algo que ver con el caso que tenemos enfrente, y no contar con una cultura de la argumentación nos invita a fundar los casos de nuestros clientes por medio de una interminable lista de normas concatenadas en las cuales creemos consagrados los derechos vulnerados. Lo primero es un incentivo para radicalizar la apertura de las fuentes del derecho; lo segundo para hacer de cada caso un caso de todos los derechos humanos.

Al final, los motivos por los cuales no sería conveniente ni apropiado que adoptemos una Constitución de un artículo son los mismos motivos por los cuales deberíamos revisar de manera urgente algunas de las prácticas más arraigadas en nuestra forma de ejercer el derecho. Sin sólidas pautas aceptadas sobre algunos criterios básicos en lo que concierne al uso del DIDH, los niveles de indeterminación en los márgenes empezarán a crecer y terminarán por colmar el centro. Mientras nuestras facultades de derecho y nuestros tribunales arrastren los mismos hábitos, las

mismas prácticas, y los mismos vicios que tienen desde hace más de cien años, es seguro que nuestra tendencia hacia el *lusus naturae* solo se profundizará.