

OWEN FISS

LOS MANDATOS DE LA JUSTICIA

**Ensayos sobre Derecho
y derechos humanos**

Traducción de
Roberto Saba

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	11
PREFACIO	13
CAPÍTULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO IDEALES SOCIALES	23
CAPÍTULO 2. EL GRADO CORRECTO DE INDEPENDENCIA	37
CAPÍTULO 3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO	57
CAPÍTULO 4. DENTRO DEL ALCANCE DE LA ACCIÓN ESTATAL	69
CAPÍTULO 5. LA DIFICULTAD DEL DERECHO PENAL	83
CAPÍTULO 6. EL DERECHO ESTÁ EN TODAS PARTES	99
CAPÍTULO 7. EL EJEMPLO DE LOS ESTADOS UNIDOS	123
CAPÍTULO 8. PRISIÓN SIN JUICIO	143
ÍNDICE ANALÍTICO	165

PREFACIO

En junio de 1985 viajé a Argentina por primera vez. En aquel momento, los nueve miembros de las juntas militares que habían gobernado el país de 1976 a 1983 estaban siendo juzgados en el centro de la ciudad de Buenos Aires por sus crímenes y violaciones de derechos humanos. Durante la mayor parte del siglo xx Argentina fue gobernada por dictadores militares, pero los que detentaron el poder de 1976 a 1983 fueron los más brutales de todos. El juicio que tuvo lugar en Buenos Aires fue el primero en la historia argentina y, poniendo a un lado el caso de Grecia en la década de 1970, el primero en la historia del mundo en el que un gobierno civil persiguió el objetivo de hacer responsables a sus propios militares por violaciones de derechos humanos.

Formé parte de un pequeño grupo de abogados y filósofos que fueron invitados por el presidente Raúl Alfonsín para contribuir con nuestras ideas a la decisión acerca de cómo deberían ser enfrentadas algunas cuestiones derivadas del juicio. Los otros miembros del grupo fueron Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Tim Scanlon y Bernard Williams. Todos los abogados argentinos con los que me encontré en aquel viaje, cuando les preguntaba sobre sus especialidades, me respondían que eran filósofos del derecho, por lo que el extraño perfil académico de este grupo de consultores internacionales no era una sorpresa. De todas formas, seguía siendo poco claro para mí qué clase de consejo podríamos darle al gobierno si ninguno de nosotros hablaba castellano, ni conocía mucho acerca de la historia de Argentina, ni tenía familiaridad alguna con el sistema jurídico del país.

El viaje se prolongó por una semana. Durante esos días, nos reunimos con altos funcionarios del gobierno, incluido el presidente Alfonsín, sus asesores en materia de derechos humanos, Carlos Nino y Jaime Malamud Goti; el subsecretario de Derechos Humanos, Eduardo Rabossi; el procurador general de la Nación, Julio César Strassera y su asistente, Luis Moreno Ocampo; y algunos de los jueces, como Andrés D'Alessio, que formaban parte del tribunal que se encontraba juzgando a los generales. Dimos conferencias en diferentes ámbitos académicos y pasamos largos días y noches conversando sobre el juicio con funcionarios y ciudadanos comunes. Llegamos incluso a presen-

ciar algunas audiencias. La visita fue una experiencia extenuante, pero absolutamente excitante y, en muchos sentidos, transformadora.

Durante aquella semana, desarrollé profundas relaciones personales con muchos de nuestros anfitriones. La visita marcó el comienzo de mi interés profesional sobre Argentina y América Latina, además de haber sido una experiencia de aprendizaje extraordinaria. Tuve la oportunidad de observar cómo, en un caso concreto y en detalle, el Derecho podía ser usado para defender los derechos humanos. Tomé contacto por primera vez con el idealismo y la energía del movimiento de aquellas personas que abogaban por la vigencia internacional de los derechos humanos. La visita que hice a Argentina en junio de 1985 le dio forma a mi mirada sobre los derechos humanos de un modo en el que jamás había imaginado, y ella subyace a todos los ensayos contenidos en este volumen.

Los derechos humanos son universales. Ellos pertenecen a toda persona por el solo hecho de serlo. El juicio de Buenos Aires fue caracterizado en Argentina y en el mundo como un juicio de derechos humanos, pero éste tuvo una profunda dimensión nacional. Los miembros de las juntas fueron acusados y juzgados por violar las leyes penales de Argentina. En el capítulo 1, «Los derechos humanos como ideales sociales», me detengo en esta característica del juicio y trato de construir una concepción de los derechos humanos que sea consistente con ella. Con ese objeto hago una distinción entre derechos humanos como imperativos legales y derechos humanos como ideales, y explico de qué modo estas dos concepciones interactúan entre sí. Las demandas jurídicas contra los generales eran de carácter nacional, pero los ideales que inspiraban y daban forma a la acusación de la fiscalía eran de carácter universal. La referencia a los derechos humanos —el ideal imaginado— les permitía a todos aquellos que buscaban hacer responsables a los generales por sus crímenes, trascender las limitaciones de la cultura local a la que ellos pertenecían.

«Los derechos humanos como ideales sociales» fue escrito a comienzos de la década de 1990. Poco después de su primera publicación en 1996, los derechos humanos adquirieron un reconocimiento más firme por medio del Derecho positivo. El Estatuto de Roma de 1998 creó la Corte Penal Internacional (CPI) y, más importante aún, proscribió los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Al hacer esto, el Estatuto de Roma le otorgaba a los derechos humanos el estatus de imperativos jurídicos capaces de fundar una acusación penal, pero no precluía o disminuía la función de los derechos humanos como ideales sociales. La recepción de cualquier ideal en el Derecho positivo, ya sea a nivel nacional o internacional, refuerza la adhesión de la sociedad a ese ideal y expande su capacidad —como sucedió en Argentina en la década de 1980— para movilizar a los ciudadanos, guiar a los actores gubernamentales y proveer de un estándar que permitiera juzgar al Derecho positivo.

El Estatuto de Roma no sólo le dio a los derechos humanos su estatus de imperativo jurídico, sino que con el hecho de crear la CPI le asignó a los tribunales internacionales un lugar predominante en la protección de los derechos humanos. Al hacer esto, el Estatuto de Roma construyó sobre la práctica desarrollada por Naciones Unidas durante la década de 1990 consistente en la creación de tribunales ad hoc para juzgar las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en Ruanda, Sierra Leona y la ex-Yugoslavia. Sin embargo, el acto mismo de darle a la CPI un estatus permanente reforzó el nexo entre los tribunales internacionales y la protección de los derechos humanos, y ello eclipsó aquello que observé como valioso de la experiencia argentina: el uso de un tribunal nacional para juzgar lo que podría ser descrito como crímenes contra los derechos humanos. El caso contra los miembros de las juntas fue sometido ante un tribunal de justicia argentino y fueron jueces argentinos los que en última instancia dieron su veredicto.

El recurso a un tribunal nacional expandió el impacto del juicio a los generales hacia la opinión pública en Argentina. Incluso más, puso en evidencia el profundo compromiso de Alfonsín con los derechos humanos y dio cuenta de las obligaciones políticas que él tenía para con la comunidad. El juicio fue un tributo a su liderazgo y definió las normas básicas del régimen que él aspiró a establecer. El uso de un tribunal nacional para asignar responsabilidad a los generales también contribuyó a aligerar el conflicto existente entre la justicia y otro ideal moral y político, el de la democracia, porque el tribunal era parte de un sistema de gobierno que se encontraba fundado en último término en el consentimiento de los gobernados. Aunque los tribunales internacionales pueden ser la creación de las Naciones Unidas o de tratados multilaterales y, por ello, parte de un sistema global de instituciones multilaterales, no hay nada de democrático en ese sistema. No existe ningún *demos* global. En efecto, como sostengo en el capítulo 3, «La autonomía del Derecho», el recurrir a tribunales internacionales exacerba el conflicto entre justicia y democracia. En el capítulo 4, «Dentro del alcance de la acción estatal», me centro en el carácter nacional del tribunal de Buenos Aires y recorro a él para evaluar la experiencia africana respecto del camino escogido para lidiar con las violaciones de derechos humanos.

Entre 1995 y 1997 estuve involucrado en el proceso de redacción del proyecto de Constitución de Eritrea, un pequeño país ubicado en el Cuerno de África que, luego de treinta años de conflicto armado, había logrado recientemente su independencia de Etiopía. El presidente de la Comisión Constitucional era Bereket Habte Selassie, quien había sido el asesor legal de la Presidencia de Etiopía bajo el gobierno del emperador Haile Selassie. A comienzo de la década de 1970, Bereket se unió al movimiento por la independencia de Eritrea y más tarde enseñó leyes en los Estados Unidos, primero en la Universidad

de Howard y luego en la Universidad de Carolina del Norte. Trabajé con Bereket en la Comisión a su cargo y presidí el Consejo de Asesores Internacionales.

En 2007 tuvo lugar una conferencia en la Universidad de Carolina del Norte en honor de Bereket y cuando me preparaba para participar en ese encuentro examiné, a través del prisma de mi experiencia argentina, todos los juicios por violaciones de derechos humanos que habían tenido lugar en África. Tal como lo describo en el capítulo 4, el resultado fue sorprendente: la totalidad de los casos sometidos a la CPI provenían de África. En efecto, virtualmente todos los casos por violaciones de derechos humanos de África estaban bajo la jurisdicción de tribunales internacionales. Este patrón no sólo contradecía una de las lecciones más básicas extraídas del juicio de Buenos Aires, sino que también violaba la tradición por la que Eritrea estaba más orgullosa: no convertirse en dependiente de donantes extranjeros o de instituciones internacionales, sino más bien hacerse cargo de sus obligaciones más fundamentales.

Mientras que el recurso a tribunales nacionales para juzgar violaciones de derechos humanos puede extender el significado y el control de los juicios a la comunidad en la cual tienen lugar, esta estrategia puede también poner a prueba la legitimidad del Poder Judicial cuando, como en el caso de Argentina, el juicio es parte de un momento en el que se produce un cambio de régimen. La cuestión que más me preocupaba se refería a si el requerimiento de que el Poder Judicial se mantuviera independiente del control político se encontraba comprometido por el rol que le había sido impuesto por los líderes políticos al frente de la transición de una dictadura a una democracia.

Al llevar a los generales a juicio, el presidente Alfonsín asumió que la autoridad de los jueces surgía de su aislamiento de la política. Durante mi semana en Buenos Aires aprendí que Alfonsín tenía una inusual concepción de la independencia judicial. Él había designado a todos los jueces del Tribunal Supremo que estuvieron a cargo del juicio contra los generales. ¿Cómo es posible compatibilizar esa decisión con las nociones más familiares de independencia judicial? En el capítulo 2, «El grado correcto de independencia», me refiero a este dilema, no sólo para el caso argentino, sino también para el chileno, cuando, en 1989, Augusto Pinochet fue depuesto y Chile comenzó su transición a la democracia. A través de estos casos, explico por qué el requerimiento de la independencia judicial es relativo y dependiente de la situación del régimen de que se trate, así como también expongo por qué la independencia judicial no es un obstáculo para que un nuevo régimen pueda reemplazar a los jueces designados por el régimen anterior.

Reflexionando sobre la independencia judicial y el rol de las leyes y los tribunales nacionales en la protección de los derechos humanos, concluyo que el juicio de Buenos Aires fue ejemplar. Sin embargo, hay

un aspecto del programa de Alfonsín respecto de las violaciones derechos humanos que me parece especialmente problemático: el foco casi exclusivo en el Derecho penal. Aunque el plan de Alfonsín para reconstruir la democracia argentina tenía muchas facetas, incluyendo la reforma de la constitución con el objeto de reducir las tensiones entre el los poderes ejecutivo y legislativo, así como la propuesta imposible y poco realista de trasladar la capital del país fuera de Buenos Aires, en lo que respecta a los derechos humanos, todo el foco de su proyecto estaba centrado en el uso del Derecho penal, tal como se pone en evidencia en el juicio de Buenos Aires. Esto no fue lo que sucedió en la experiencia de los Estados Unidos respecto de la protección de los denominados «derechos civiles», concepto que se superpone considerablemente con el de derechos humanos.

Entre septiembre de 1966 y julio de 1968, trabajé en la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que concentraba su trabajo en la protección de los derechos civiles a través, por ejemplo, de la desegregación racial en escuelas, el derecho al voto y los casos de discriminación en el empleo. Esporádicamente la División recurría al Derecho penal. En la mayoría de los casos, en cambio, los derechos civiles eran protegidos por medio de procedimientos civiles que buscaban una orden judicial que impidiera la afectación del derecho (llamada *injunction* en el derecho de los Estados Unidos), que consistía a veces en la no aplicación de una norma, pero que era muy a menudo el medio por el cual los jueces reestructuraban el funcionamiento de una organización burocrática con el fin de remover la amenaza que ésta imponía sobre los derechos fundamentales.

En «La dificultad del Derecho penal» (capítulo 5), describo y analizo la práctica en los Estados Unidos en esos casos y la uso para criticar la casi exclusiva confianza en el Derecho penal que tenía el gobierno de Alfonsín. Este trabajo fue presentado en una conferencia que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires en abril de 1987. Sólo unos días después de que ese evento hubiere culminado, tropas militares, cuyos líderes enfrentaban la posibilidad creciente de resultar penalmente procesados, se rebelaron contra el gobierno. A fin de reestablecer el orden, el presidente Alfonsín se reunió personalmente con los líderes de la rebelión. Poco después de ese encuentro, envió un proyecto de ley al Congreso que efectivamente impedía continuar con los juicios penales contra los militares, situación que cambió cuando en 2005 la Corte Suprema de Argentina, basada en los compromisos internacionales asumidos en la reforma constitucional de 1994, declaró esa ley inconstitucional.

Como queda claro a partir de mi crítica a la fuerte confianza de Alfonsín en el Derecho penal, yo había arribado a Buenos Aires en junio de 1985 montado en un caballo blanco blandiendo los triunfos del Derecho de mi país. Algunas personas en el gobierno de Alfonsín querían aprender más sobre ese Derecho que se había forjado en la década de

1960 bajo el liderazgo de Earl Warren, entonces presidente del Tribunal Supremo, y yo estaba orgulloso de compartir mi experiencia con ellos. Durante aquel período, al que a menudo, y medio en broma, me refería como la «Edad Dorada», el Derecho era visto como la expresión de los ideales más elevados de la nación y la misión de los jueces fue asignarle, por medio del ejercicio de la razón, un significado concreto a esos ideales en nuestra vida cotidiana. La decisión del Tribunal Supremo en el caso *Brown v. Board of Education*, que condenó la estructura social de castas que marcó a los Estados Unidos desde sus comienzos históricos, se transformó en un faro para el mundo entero. Tal como era sabido por mis anfitriones, yo había trabajado para Thurgood Marshall y luego para William Brennan en la década de 1960, ambos importantes arquitectos de la doctrina del Tribunal Supremo durante ese período. Brennan había sido el lugarteniente de confianza del presidente del Tribunal, Warren, y Marshall fue el abogado victorioso del caso *Brown*, además de convertirse luego en juez del Tribunal Supremo.

A mediados de la década de 1970, un número importante de los jueces que habían sido responsables de las heroicas decisiones de la era de los derechos civiles, ya se había retirado. El grupo incluía a Earl Warren, Hugo Black, William Douglas y Abe Fortas. Ellos fueron reemplazados por un grupo de jueces liderados por William Rehnquist que se dedicaron a erradicar el legado de la Corte Warren, intentando torcer la ley en una dirección completamente diferente. En todo caso, las decisiones que el del Tribunal Supremo había tomado durante la era de los derechos civiles estaban aún en nuestra memoria y se las presentaba a mis audiencias de la primera visita que hice a Argentina, y de las siguientes incontables visitas que lleve a cabo desde finales de la década de 1980 y la de 1990, como la expresión de lo que la ley solía ser y cómo debería volver a serlo.

El 11 de septiembre de 2001 todo cambió. Seguí viajando al extranjero, pero esta vez sólo iba a escuchar. En respuesta a los ataques terroristas de aquel día, el presidente Bush anunció el inicio de una Guerra contra el Terror y en el otoño de 2001 lanzó las operaciones militares contra Al Qaeda, responsable de aquellos ataques, y contra Afganistán, por darle cobijo a Al Qaeda. En marzo de 2003, el presidente Bush amplió las operaciones militares de los Estados Unidos en Medio Oriente por medio de la invasión a Irak. Los ataques del 11 de septiembre no fueron la causa de aquella invasión. En verdad, el terrorismo, a menudo bajo la responsabilidad de Al Qaeda, fue provocado por la invasión y la ocupación que le siguió al poco tiempo. Como resultado, la guerra de Irak pronto fue también percibida como parte de la Guerra contra el Terror que definió la presidencia de Bush.

Lamentablemente, peleamos esta guerra de un modo no santo. Púsimos en duda, y a veces violamos, una cantidad importante de principios que habían sido parte de nuestra tradición constitucional y que

nos permitían hablar con orgullo y firmeza sobre derechos humanos. En nuestra lucha contra el terrorismo, torturamos sospechosos de haber cometido actos terroristas; enviamos a algunos de ellos a prisión por períodos prolongados o indefinidos sin imputarles un crimen o llevarlos a juicio; a otros los juzgamos ante comisiones militares; y escuchamos, sin una autorización judicial previa, las conversaciones telefónicas de ciudadanos comunes bajo la sospecha de que quizá hablaban con personas en el extranjero sospechadas de tener vínculos con Al Qaeda.

El presidente Bush y su administración iniciaron estas políticas y fueron responsables de su implementación, pero muchas de ellas fueron refrendadas, y a veces muy activamente, por el Congreso y los tribunales federales, incluido el Tribunal Supremo. En noviembre de 2004, en tiempos en que algunas de estas políticas, si no todas, eran conocidas por la gente, Bush fue elegido presidente por segunda vez. Dado todo esto, las políticas iniciadas por el presidente Bush como parte de su Guerra contra el Terror pueden atribuirse con justicia a toda la nación. Todo ciudadano de los Estados Unidos, incluso aquellos que criticaron estas políticas, tienen algún tipo de responsabilidad por ellas.

Como consecuencia de todo esto, ya no monté aquel caballo blanco en el que visité Argentina en 1985. Me sentía avergonzado por las políticas que estaban siendo implementadas en ese momento por los Estados Unidos y sentía que no estaba emocionalmente en condiciones de dar un sermón acerca de los logros de la Corte Warren o de hablar acerca de la Era Dorada. Pude ver en los ojos de mis amigos y colegas en Argentina y en América Latina, e incluso en todo el mundo, su desilusión. Esta experiencia me obligó a mirar críticamente las políticas que fueran iniciadas en los años del gobierno de Bush y, cuando lo hice, me sirvió de guía el trabajo de una figura singular en la historia de los derechos humanos: Aharon Barak.

Como juez integrante del Tribunal Supremo de Israel, y luego como su presidente, Barak usó la razón del Derecho para contrarrestar la respuesta de su país al terrorismo. Apareció en el escenario mundial como un apóstol del Iluminismo. En el capítulo 6, «El Derecho está en todas partes», describo la profundidad de su compromiso con la razón y me detengo en algunas de sus decisiones sobre seguridad nacional —una sobre la instalación de un muro de seguridad, otra sobre tortura y otra sobre asesinatos de sospechosos de participar de actos terroristas— a fin de construir una plataforma desde donde poder examinar las políticas de los Estados Unidos en su lucha contra el terrorismo.

La elección presidencial de 2008 fue un momento trascendente en la historia de los Estados Unidos. Un país fundado sobre la esclavitud eligió a un hombre negro como presidente. También parecía que los desafíos a nuestra tradición jurídica que se produjeron bajo el liderazgo de Bush estaban por terminar. A lo largo de su campaña electo-

ral, Barack Obama fue crítico de muchas de las políticas de Bush. Se pronunció en contra de la decisión de ese presidente de invadir Irak y prometió terminar con la ocupación de ese país. Proclamó su oposición sin excepciones a la tortura y prometió cerrar Guantánamo, la prisión en la cual tuvieron lugar muchas violaciones de derechos humanos de sospechosos de terrorismo. En su discurso inaugural declaró que continuaríamos luchando contra el terrorismo, y prometió que lo haría sin comprometer ninguno de nuestros ideales. Los últimos dos ensayos de este libro, «El ejemplo de los Estados Unidos» (capítulo 7) y «Prisión sin juicio» (capítulo 8), buscan determinar si cumplió con su promesa.

Como señalan estos dos ensayos, su desempeño no fue uniforme. Sancionó regulaciones que prohibieron la tortura, pero rehusó renunciar a la práctica denominada de «entrega extraordinaria», según la cual los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos envían sospechosos de terrorismo a terceros países para que sean interrogados bajo tortura. En efecto, en planteos legales realizados por víctimas de esta práctica, el gobierno de Obama instruyó a los jueces de los tribunales federales inferiores a no examinar la legalidad de esas acciones. Obama también continuó con la política de encarcelar algunos sospechosos por períodos prolongados, incluso por tiempo indeterminado, sin plantear ninguna acusación penal o llevarlos a juicio. Continuó con el recurso a comisiones militares para juzgar a personas acusadas de terrorismo. Como senador, se había abstenido de votar cuando se decidió en junio de 2008 la legislación que autorizaba a realizar escuchas telefónicas sin orden judicial de las llamadas realizadas desde Estados Unidos al extranjero a personas sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda. Después de resultar elegido presidente, su procurador general se comprometió a defender la constitucionalidad de esa legislación.

Desde los primeros días de su gobierno, Obama recibió la presión de enfrentar los más serios abusos a los derechos humanos que tuvieron lugar durante los tiempos de Bush, como por ejemplo la tortura de los sospechosos de terrorismo por medio de la técnica denominada «submarino» o *waterboarding*. Algunos reclamaron la constitución de comisiones de verdad, otros exigieron la realización de procesos penales. Obama optó por no llevar a cabo ni una cosa ni la otra. Insistió en que él estaba interesado sólo en el futuro, no en el pasado, sin entender, como sí lo hizo el presidente Alfonsín, que el futuro depende de cómo uno lidia con el pasado. En agosto de 2009, el presidente Obama cedió y autorizó a su procurador general a abrir una investigación penal respecto de un funcionario de la Agencia Central de Inteligencia (CIA, según sus siglas en inglés) que había realizado actos de tortura sumamente crueles. Se lo acusaba de haber amenazado a un prisionero encapuchado y esposado con su muerte inminente al hacer funcionar un taladro cerca de su cabeza. Esta investigación se inició sin ninguna

convicción o energía y no está claro, al momento de escribir estas líneas, que sucederá con ella.

Obama puede haber pensado que no tenía el poder político suficiente. Puede haber temido que una política de derechos humanos más robusta hubiera puesto en riesgo otras de sus iniciativas a las cuales se sentía comprometido, tales como sus propuestas de seguro de salud o de recuperación económica. No hay forma de saber, por supuesto, si actuó del modo en que lo hizo como consecuencia de esos temores o si incluso, de haberlo hecho, esos temores eran justificados. Las razones que daban fundamento a que Obama continuara con las políticas contraterroristas de Bush y su resistencia a asignar responsabilidades por violaciones de derechos humanos a la administración anterior permanecerán en el campo de las especulaciones, aunque las consecuencias son claras. Obama incumplió con su promesa de ser leal a los ideales de la nación.

Este extraño desarrollo de los acontecimientos me dejó con una sensación de frustración. También me llevó a apreciar más profundamente de lo que ya lo había hecho con anterioridad, cuán importante fue un líder como el presidente Alfonsín y por qué el juicio de Buenos Aires de 1985 siempre tendrá un lugar de honor en la historia del mundo. Los desafíos que el presidente Alfonsín debió enfrentar en la transición que le tocó liderar fueron, desde todo punto de vista, mucho mayores que los que debió encarar Obama y, sin embargo, arriesgó todo con el fin de que se hiciera justicia.

Septiembre de 2010

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS HUMANOS COMO IDEALES SOCIALES*

Argentina, 1976: en un contexto de creciente desorden social y violencia, un grupo de generales derrocaron al gobierno de Isabel Perón y comenzaron su «guerra sucia» contra la izquierda en una brutal operación militar que incluyó secuestros, violaciones, torturas y homicidios, arrojando como resultado la muerte o la desaparición de más de nueve mil personas, o quizá quince mil¹. Como parte de este régimen de terror, los militares se deshacían de aquellas personas sospechadas de actos subversivos arrojándolas al Río de la Plata desde aviones. Las víctimas a menudo se encontraban aún con vida y sus caras eran desfiguradas a fin de evitar su reconocimiento en el caso de que sus cuerpos fueran arrastrados hacia la costa por la corriente.

En medio de este estado de terror, un movimiento de protesta emergió tímidamente y levantó la bandera de los derechos humanos. Este movimiento fue liderado por las Madres de Plaza de Mayo, un grupo de mujeres que hacían vigilia delante de la Casa Rosada demandando el regreso de sus hijos, aunque con el correr del tiempo sumó el apoyo de otros sectores de la sociedad argentina y, luego, también el apoyo internacional². En 1980 el Premio Nobel de la Paz fue otorgado a uno de los líderes del movimiento de derechos humanos en Argentina, Adolfo Pérez Esquivel. La política de derechos humanos del presidente Jimmy Carter y la aparición en *The New Yorker* del relato de Jacobo Timerman de su propio arresto y dolorosa experiencia hicieron

* Este ensayo apareció por primera vez en español en 1996 en *Lecciones y Ensayos*, una publicación de la Universidad de Buenos Aires. Luego apareció en inglés en dos libros: *Normative Systems in Legal and Moral Theory* (Berlín, Duncker and Humboldt, 1997), editado por Ernesto GARZÓN VALDÉZ *et al.*; y en *Human Rights in Political Transitions* (New York: Zone Books, 1999), editado por Carla HESSE y Robert Post.

¹ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (1986).

² Véase Carlos Santiago NINO, *Radical Evil on Trial* (New Haven: Yale University Press, 1996), pp. 41-104.

que el reino del terror que estaba teniendo lugar en Argentina atrajera la atención del público en los Estados Unidos³.

Mientras el movimiento de protesta ganaba fuerza, la situación de la economía argentina empeoraba y el poder de la junta militar en el gobierno declinaba con rapidez. Los generales comenzaron a desesperar y jugaron entonces su última carta: el nacionalismo. Recurriendo a su último esfuerzo para sumar apoyo popular, la junta se embarcó en una campaña militar para reconquistar las Islas Malvinas en poder de los británicos. Cuando esa campaña fracasó miserablemente, los generales decidieron abandonar el poder y llamaron a elecciones hacia fines de 1982, en octubre de ese año.

Al convocar a elecciones, los generales supusieron que el candidato del Partido Peronista ganaría la presidencia. Confiaban en que él no los perseguiría por los actos que habían cometido mientras estaban en el gobierno. Sin embargo, para estar seguros de que no tendrían problemas, decidieron sancionar una autoamnistía que también se aplicaría a sus subordinados y que alcanzaría a todos los crímenes cometidos durante la «guerra sucia». Al conocerse el rumor de lo que se estaba planeando, cerca de cuarenta mil ciudadanos argentinos se reunieron para protestar, pero ello no detuvo a los generales. Sólo cinco semanas antes de la fecha en que tendrían lugar las elecciones, el presidente de la junta emitió un decreto concediendo la amnistía a los militares así como también a los terroristas que depusieran las armas, argumentando que esa medida era necesaria para restablecer la unidad nacional.

La primera elección democrática de Argentina en diez años tuvo lugar en octubre de 1983. Para sorpresa de muchos, ciertamente para la de los generales, Raúl Alfonsín ganó las elecciones. Era el candidato del Partido Radical que había hecho campaña sobre la base de una plataforma que prometía el uso de la ley para remediar las violaciones a los derechos humanos perpetradas por las Juntas. Una vez en el gobierno, Alfonsín cumplió con su palabra. Su programa de derechos humanos tenía muchas facetas, pero su aspecto principal consistía en la persecución penal de las nueve figuras centrales de las juntas que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, un evento de enorme significancia para comprender la naturaleza de los derechos humanos.

La causa se inició en un tribunal militar, pero debido a la falta de voluntad de ese tribunal para llevar a cabo el juzgamiento, el juicio se trasladó al poco tiempo a la justicia civil, a la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires. El juicio comenzó en abril de 1985 y en diciembre de ese año culminó con las condenas de cinco de los acusados. El tribunal encontró a los cinco generales responsables por sus propios crímenes de secuestro, tortura y asesinato. Los gene-

³ El artículo de TIMERMAN se publicó más tarde como *Prisoner Without a Name, Cell Without a Number* (Madison: University of Wisconsin, 1981).

rales también fueron declarados culpables por los crímenes ejecutados por sus subordinados. Las sentencias que recibieron fueron desde cadena perpetua e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos, a la aplicación de cuatro años y medio de prisión ⁴.

Durante las décadas de 1980 y 1990 una ola democratizadora recorrió el planeta. Durante este período, el movimiento de derechos humanos logró muchas victorias, pero el juicio de Buenos Aires fue uno de los hitos más importantes y se yergue como un tributo a todos aquellos que lo hicieron realidad. Sin recurrir a ninguna fuerza militar, el pueblo de Argentina llevó ante la justicia a los líderes de la dictadura militar que lo había gobernado. La historia tomó un giro extraño cinco años después, cuando el sucesor de Alfonsín, Carlos Saúl Menem, indultó a los generales que habían sido condenados, pero esa decisión no disminuye en nada la importancia del juicio de Buenos Aires para la sociedad argentina o para el correcto entendimiento de la naturaleza de los derechos humanos.

Antes del juicio de Buenos Aires, siempre consideré a los derechos humanos primariamente como imperativos legales: como expresión de aquello que las personas deben recibir de terceros y, aún más importante, aquello que alguna agencia del gobierno está obligada a hacer respetar o implementar por medio de sus poderes coercitivos. Basados en el carácter común y compartido de nuestra humanidad y el respeto que toda persona merece, los derechos humanos son algo diferente de los derechos que surgen del reconocimiento por parte de la ley local, pero siempre supuse que en otros niveles ellos operaban de un modo similar a como lo hacen los derechos reconocidos por la ley nacional: la violación de uno de los derechos enumerados en la ley sería el predicamento o justificación dentro del sistema jurídico para ejercer el poder coercitivo del Estado. Sin embargo, el juicio de Buenos Aires me llevó a pensar que lo que estaba en juego era una dinámica más sutil. Los derechos humanos deberían ser entendidos como ideales sociales en lugar de como imperativos legales.

En la esfera doméstica, algunos derechos operan de ambos modos, es decir, como imperativos legales y como ideales sociales. Por ejemplo, el derecho a no ser discriminado racialmente —uno de los derechos fundamentales del sistema jurídico de los Estados Unidos en los tiempos modernos— tiene ese carácter dual. Como imperativo legal, el derecho a no ser discriminado surge a partir de la promesa de la Enmienda XIV respecto de «la igual protección de las leyes» y se encuentra también reconocido en una amplia gama de normas referidas a la protección de derechos civiles a nivel federal, estatal y municipal. Este

⁴ Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, decisión tomada en el caso núm. B (9 de diciembre de 1985). La sentencia fue traducida por Alejandro M. GARRO y Henry DAHL, «Legal Accountability for Human Rights Violations in Argentina: One Step Forward and Two Steps Backward», *Human Rights Law Journal*, 8 (1987).

derecho protege a todos los ciudadanos de los Estados Unidos frente a tratos fundados en prejuicios y que les produzcan algún tipo de daño, y exige a las agencias del Estado, incluyendo los tribunales, usar su poder a fin de honrar esa promesa.

Pero el derecho a no ser discriminado también juega un rol aún más importante en la cultura política de los Estados Unidos: define la concepción de una nación respecto de lo que es bueno y justo; protege una cierta visión acerca de lo que debe entenderse como la comunidad ideal. Exigir el reconocimiento del derecho a no ser discriminado implica exigir que la comunidad que aspiramos construir sea una en la que todas las personas gozan de igual respeto y atención, sin importar el color de la piel. Desde esta perspectiva, el derecho a no ser discriminado no sólo debe ser visto como un imperativo que será puesto en práctica por el Estado, sino también como un ideal que expresa nuestras esperanzas y que debería estructurar todas nuestras interacciones sociales.

El ideal promovido por un derecho, como por ejemplo el derecho a no ser discriminado, puede tener, por supuesto, sus orígenes históricos en las aspiraciones reales del Estado de honrar ciertos imperativos. En efecto, el derecho puede ser cultivado y fortalecido por medio de ejercicios frecuentes y vigorosos llevados a cabo por medio del ejercicio del poder del Estado en nombre de ese ideal. Pero incluso en esos casos el ideal no se reduce a un imperativo jurídico o legal. Incluso si todas y cada una de las leyes que protegen el derecho a no ser discriminado fueran derogadas, los estadounidenses podrían invocar ese derecho, aunque se lo entienda en este caso puramente como un ideal social en lugar de como un imperativo legal. En verdad, la adopción de una constitución, la sanción de una ley o un grupo de decisiones judiciales deberían dar vida a ideales, pero la dinámica causal a menudo funciona también en sentido inverso. Los ideales sociales han dado lugar a imperativos legales y a menudo proveen a esos imperativos con una fuerza y potencia especiales.

Mientras que algunos derechos reconocidos por la ley local son sólo imperativos legales, y otros, como el derecho a no ser discriminado, tienen una naturaleza dual, los derechos humanos deben ser vistos —como lo enseña la experiencia argentina— primariamente como ideales sociales. Tienen, así, una calidad universal, y por ello son igualmente exigibles en los Estados Unidos y en Argentina o, para el caso, en el mundo entero. Así, cuando operan de este modo, deberían ser vistos como ideales y, como sucede siempre con los ideales, como aspiraciones. Esos derechos como ideales sociales identifican las características o cualidades que toda sociedad debería tener. No son la expresión de un utopismo sin fundamentos, sino que dan sentido a las expectativas y demandas que tienen lugar aquí y ahora. Esos derechos, en cuanto ideales sociales, constituyen una norma cultural, tanto dentro de la nación como más allá de ella y, por ello, sirven como base para la discusión, la crítica o, incluso, la acción concreta.