

Respuesta: El Deber de Castigar los Abusos Cometidos en el Pasado Contra los Derechos Humanos Puesto en Contexto: El Caso de Argentina*

Carlos S. Nino

I. Introducción

Debemos estar agradecidos de Diane Orentlicher por tan completo análisis de un tema que es extremadamente difícil.

Sin embargo, pienso que su discusión teórica no alcanza a explicar las variadas y, a menudo, difíciles realidades que deben enfrentar los gobiernos sucesores. Orentlicher se centra en cuestiones morales y legales, e infiere algunas conclusiones sobre el deber de enjuiciar de manera selectiva pasadas violaciones a los derechos humanos. Pero el problema de inferir esas conclusiones no se relaciona tanto con premisas morales o de normativa legal, sino con premisas de hecho que por su parte también condicionan dichas conclusiones. Pienso que Orentlicher deja de lado algunas circunstancias relevantes que los gobiernos sucesores deben enfrentar, y que son cruciales a la hora de decidir si iniciar o no procesos judiciales acerca de las violaciones de derechos humanos.

El objetivo de este comentario es poner la fórmula de Orentlicher en un contexto fáctico¹. Compartiré, como estudio de caso, algunos aspectos particularmente complicados de la situación que tuvo que enfrentar el gobierno del Presidente Raúl Alfonsín en Argentina cuando se realizaron juicios por violaciones a los derechos humanos, cometidas tanto por las guerrillas de izquierda como por el gobierno anterior. Intentaré demostrar que, una vez que esas circunstancias se toman en cuenta, las conclusiones que Orentlicher plantea deben recibirse con mucha reserva, al menos con respecto al caso argentino.

No quisiera generalizar mis conclusiones a otros casos, sin matizarlas. Pero conociendo la complejidad de las situaciones en países como Uruguay y Chile, debo poner en duda los efectos benéficos de un deber general que no toma en cuenta dichas

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de The Yale Law Journal Company y William S. Hein Company de *The Yale Law Journal*, Vol. 100, pp 2619-2640.

¹ Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale L.J. 2537 (1991). En este artículo me basaré en mis conocimientos de primera mano y observaciones de los juicios en Argentina. Para un recuento más detallado, véase O. Gómez, "El Diario del Juicio" (1985) (microfilm archivado en Yale Law School Library); Nota, "Human Rights: Conviction of former Argentine Military Commanders for Human Rights Abuses Committed by Subordinates", 27 Harv. Int'l L.J. 688 (1986) (describiendo los juicios y condenas en Argentina).

complejidades².

Me dispongo primero a explicar por qué considero que las premisas morales y legales no constituyen un gran problema según las conclusiones de Orentlicher. Comenzando con la dimensión moral, el alcance del deber que un gobierno tiene para enjuiciar selectivamente abusos de derechos humanos en el pasado depende, por supuesto, de la teoría en la que se basa la justificación para el castigo. Solamente la teoría de retribución obligatoria - la idea que a todo crimen se le debe imponer una condena proporcional, sin importar las consecuencias de esta política - tiene implicancias diferentes a las demás. En otras oportunidades³, he descrito la irracionalidad y dificultad moral que conlleva esta forma de entender el castigo. Si bien es cierto que muchas personas se aproximan al tema de las violaciones a los derechos humanos con un fuerte impulso punitivo, casi todos los que se toman un momento para pensarlo más detenidamente no estarían dispuestos a defender una política diseñada para castigar esos abusos una vez que quede claro que semejante práctica podría provocar, a través de una cadena causal, abusos semejantes o aún peores. Uno podría ser un retribucionista de la corriente permisiva y sostener que una mala acción en el pasado hace que el criminal pierda su inmunidad ante el castigo, pero que el Estado esté moralmente obligado a castigarlo o no, depende de las consecuencias de dicho castigo. O, alternativamente, se podría pensar que esas consecuencias son relevantes a la permisividad misma de la condena.

Aun así, en muchas teorías sobre el castigo existe un fuerte elemento deontológico en la limitación del castigo, cualesquiera sean las consecuencias. En mi opinión, esta restricción deontológica al tipo de condenas que resultan útiles para la sociedad, proviene de la necesidad de que el autor del crimen otorgue previamente su consentimiento para asumir su responsabilidad legal frente a la condena, lo que es estructuralmente análogo a lograr un acuerdo en un contrato. Este consentimiento se evidencia con el hecho de que la persona actuó voluntariamente cuando cometió el crimen, siendo conciente que el hecho de tener que asumir la responsabilidad sería una consecuencia normativa de su acto, independiente de si prevea o no que efectivamente sería castigado.

Por supuesto que existen consecuencias del castigo que son muy valiosas, por ejemplo, disuadir eventos similares al demostrar que ningún grupo está por encima de la ley, o consolidar una democracia que presupone el respeto por el estado de derecho. Sin embargo, los procesos penales pueden tener algunos límites y deben ser armonizados con el propósito de preservar el sistema democrático. Esta última salvedad es aún más sensata cuando se tiene en cuenta que la preservación del sistema democrático es un prerequisite para esos mismos castigos y que su pérdida es un antecedente necesario para la violación masiva de derechos humanos. El castigo obligatorio, que le da valor a las condenas por encima de todo, hace surgir la pregunta de si la igualdad ante la ley es infringida cuando la necesidad de proteger instituciones valiosas como la democracia, lleva a una selección de los agentes que serán procesados por abusos a los derechos humanos. La sola idea de que se pueda estar cometiendo esa infracción contra el requerimiento de la igualdad ante la ley

² En el caso de Uruguay, la ley de amnistía por los abusos de derechos humanos cometidos durante el régimen militar anterior fue ratificada por plebiscito popular. ¿Podría toda una población violar el deber propuesto por Orentlicher? En el caso de Chile, existe un balance extremadamente delicado entre la nueva e imperfecta democracia, y lo que queda del antiguo régimen. La legitimidad y estabilidad del primero aún se basa en alguna continuidad del último, que, en su tiempo promulgó una ley de amnistía prohibiendo los juicios contra militares.

³ Ver C. Nino, *The Ethics of Human Rights* (1991); Nino, *A Consensual Theory of Punishment*, 12 *Phil. & Pub. Aff.* 289 (1983).

presupone que la retribución obligatoria es la posición correcta sobre el tema del castigo.

Para aclarar por qué sólo quienes sostengan un concepto de condena basado en el castigo obligatorio pueden cuestionar una política selectiva, resulta útil recurrir a la distinción que hace Dworkin entre los derechos individuales establecidos por los principios, y las metas colectivas que imponen las políticas⁴. El ejercicio de reconocer los derechos implica la obligación de universalizar ese reconocimiento a todas las situaciones similares, mientras que los objetivos colectivos no crean ese tipo de obligación. Por ejemplo, si se reparten anticonceptivos a un grupo de personas basándose en el reconocimiento de su derecho a controlar la reproducción, entonces éstos deben ser distribuidos equitativamente a todos aquellos que se encuentren bajo las mismas circunstancias. Si, por el contrario, se distribuyen para alcanzar alguna meta colectiva, como frenar la tasa de crecimiento de la población, la distribución puede tomar en cuenta circunstancias moralmente irrelevantes como la fertilidad y puede interrumpirse cuando la meta es alcanzada, aún cuando algunas personas se quedan sin recibir anticonceptivos.

Casi todas las teorías de castigo, con excepción de la del castigo obligatorio, niegan que alguien tenga el derecho a que otros sean condenados por un crimen cometido en el pasado. Condenar a aquellos que han renunciado a su derecho a no ser condenados, no se debe a que se haya reconocido que sus víctimas o sus familiares tienen el derecho a que se lleve a cabo esa condena. Es la consecuencia de una meta colectiva impuesta por la política de proteger los derechos humanos hacia el futuro. De esta manera, nadie puede exigir que esa condena sea universalizada a casos similares si de ese modo el objetivo de las condenas no va a ser logrado. Igualmente, la abstención del gobierno de imponer condenas en este caso tampoco surge del reconocimiento de un derecho a no ser castigado, como sí lo sería cuando la abstención se debe al reconocimiento de que el crimen ha sido justificado. En consecuencia, otros autores de crímenes no pueden exigir que sean sujetos al mismo tratamiento. Esto no quiere decir que la selección pueda ser completamente arbitraria o que pueda proceder de acuerdo con criterios generalmente proscritos, tales como la raza de los acusados. La selección se debe realizar teniendo en cuenta su utilidad para satisfacer las metas que se buscan dentro de criterios generalmente permitidos. Orentlicher parece estar en general de acuerdo conmigo en este importante punto.

Como último asunto preliminar, queda hacer referencia a las premisas relacionadas con la ley, en este caso, con el Derecho Internacional. En otras oportunidades⁵ he señalado que las proposiciones normativas de la ley que justifican acciones y decisiones, surgen de los principios morales que dan legitimidad a cierta autoridad, en este caso las costumbres y convenciones internacionales, y también de proposiciones que describen las promulgaciones de la autoridad. En última instancia, un criterio necesario para la validez de cualquier norma de ley positiva, incluyendo las leyes positivas internacionales, es la voluntad de las instituciones del gobierno, en este caso Estados y organismos internacionales, de hacerla cumplir⁶. Orentlicher no ha demostrado suficientemente que esto sea así en el caso de la norma que supuestamente establece el deber del gobierno sucesor de enjuiciar selectivamente las violaciones pasadas a los derechos humanos.

Los argumentos de Orentlicher resultan más fuertes si son interpretados como proposiciones sobre cómo el Derecho Internacional debería ser reformado o desarrollado,

⁴ Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously* 90-100 (1977).

⁵ Véase C. Nino, *La Validez del Derecho* (1985).

⁶ En general véase, C. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho* (1980).

en vez de afirmaciones sobre lo que ya existe. Pero ese tipo de interpretación nos devuelve a la dimensión puramente moral, haciendo necesario evaluar cadenas causales muy complejas. Efectivamente, la inclusión del deber de condenar crímenes pasados dentro del Derecho Internacional podría, de hecho, causar mayores consecuencias negativas que deben ser tomadas en cuenta en la evaluación moral de toda la situación. Esto se relaciona con uno de los puntos más interesantes planteados por Orentlicher, que la inclusión de este deber dentro del Derecho Internacional podría efectivamente ayudar a los gobiernos en el proceso de enjuiciar los abusos de derechos humanos. Pero cualquier evaluación de si esto sería así requiere que se examine el complejo conjunto de hechos y circunstancias de cada caso particular.

II. Una Mirada desde las Trincheras

Quisiera ahora describir de manera sucinta las circunstancias bajo las cuales el gobierno de Alfonsín tuvo que tomar decisiones con respecto a los juicios por abusos contra los derechos humanos cometidos por el anterior gobierno militar y por las guerrillas de izquierda durante la “guerra sucia contra la subversión”. Espero que esta narración nos ayude a determinar si el gobierno tenía un deber moral de enjuiciar esos abusos y, de ser así, si cumplió con éste. Más aún, podríamos determinar si la propuesta de Orentlicher de imponer el deber legal bajo el Derecho Internacional pudo haber ayudado a cumplir con cualquier obligación moral existente.

Hacia finales de 1982 Argentina estaba a punto de reventar en una mezcla de rabia y esperanza. En medio de una crisis económica, el régimen militar estaba completamente desacreditado, debido a (1) la derrota en la guerra de las Malvinas (Islas Falkland) que a su vez desenmascaró los engaños que venía haciendo a la población⁷, (2) la denuncia de actos de corrupción, y (3) las horribles historias de denigración humana descritas con detalle sensacionalista en los periódicos semanales. El régimen estaba colapsando y tuvo que llamar a elecciones abiertas y libres. Con el tiempo surgieron dos candidatos principales, con posturas opuestas en cuanto al enjuiciamiento de las violaciones pasadas a los derechos humanos. El Sr. Ítalo Luder, un abogado constitucionalista y miembro del Partido Peronista, sostenía que los abusos cometidos por los militares no podían ser sujetos a juicio debido a la imposibilidad constitucional de derogar con retroactividad la ley de amnistía⁸ promulgada por el régimen militar.

Su opositor, el Sr. Raúl Alfonsín del Partido Radical, denunció que la posición Peronista era parte de un pacto con los militares. Alfonsín prometió investigar las violaciones a los derechos humanos y enjuiciar tanto a los jefes militares que presumiblemente dieron las órdenes de secuestrar, torturar y asesinar a “subversivos”, como a los oficiales que cometieron los peores excesos, independientemente de su posición de autoridad, junto con los líderes de las guerrillas que igualmente cometieron crueles abusos contra los derechos humanos. La intención de Alfonsín era que los juicios excluyeran a todos aquellos que actuaron obedeciendo órdenes.

⁷ Por ejemplo, el régimen aseguró que estaba ganando la Guerra de las Malvinas hasta el último momento.

⁸ L.N. 22.294, promulgada el 22 de septiembre de 1983 (Dando la amnistía a los miembros de la Junta Militar). Véase *infra* notas 20-2 y texto acompañante. En general ver Nino, *Comment: The Human Rights Policy of the Argentina Constitutional Government: A Reply* (detallando los obstáculos legales para anular la ley de amnistía) 11 Yale J. Int'l. L. 21 (1985).

Para sorpresa de muchos observadores y de los líderes del régimen derrocado, Alfonsín fue elegido Presidente y asumió su cargo cuarenta días después, el 10 de diciembre de 1983. Después de tomar posesión del cargo, anunció un paquete de medidas promoviendo los derechos humanos. Envió al Congreso de Argentina borradores de proyectos de ley, que más tarde se aprobaron. Estos proyectos estaban diseñados para: derogar la legislación criminal draconiana puesta en marcha por el anterior gobierno Peronista y por el régimen militar⁹, castigar el crimen de la tortura con la misma pena que la utilizada para el asesinato¹⁰, ratificar todos los convenios internacionales de relevancia dentro del tema de los derechos humanos¹¹, derogar la jurisdicción militar sobre crímenes que se cometerían en el futuro por miembros de las fuerzas armadas en conexión con actos que forman parte del ejercicio de su cargo¹², y eliminar otros tipos de discriminación¹³.

Para investigar los abusos del pasado, Alfonsín creó la *Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP), una comisión presidencial compuesta por ciudadanos independientes y respetables con amplios poderes para realizar investigaciones¹⁴. Encabezado por el famoso escritor Ernesto Sábato, esta comisión produjo en menos de un año el bien conocido informe titulado, *Nunca Más*¹⁵. El informe contiene un recuento exhaustivo y fiel de las horribles desapariciones de personas.

El Presidente Alfonsín creyó necesario imponer un límite al tiempo y también al alcance de la responsabilidad criminal, para asegurar que los juicios y castigos ejemplares, que fueran necesarios para aquellos que cometieron los peores crímenes, se sostuvieran hasta su culminación. A diferencia de Alemania o Japón después de la Segunda Guerra Mundial, Argentina no contaba con fuerzas armadas domésticas o extranjeras que apoyaran los juicios. Y a diferencia de Grecia, donde algunas facciones militares no se opusieron a los juicios, las fuerzas armadas argentinas estaban unidas en su oposición. Las fuerzas armadas, responsables de la “guerra sucia contra la subversión” del gobierno anterior aún tenían el monopolio de la coerción estatal y se mantenían unidas en su oposición contra los juicios. Así, estos límites se hicieron necesarios para proteger la única fuerza que respaldaba los juicios - el sistema democrático.

Contrario a lo que sugiere Orentlicher¹⁶, fue políticamente imposible para el gobierno imponer un límite de plazo reducido para la realización de los juicios, más allá del empleo de procedimientos comparativamente abiertos en términos de tiempo, los cuales expondré a continuación. Basándose en las fuertes reacciones públicas a las leyes de “punto final”¹⁷, puestas en marcha durante un período de mucha menos tensión política, un intento *ex ante* de imponer una fecha límite para la terminación de los juicios

⁹ L.N. 23.077, promulgada el 22 de agosto de 1984.

¹⁰ L.N. 23.097, art. 1, §1, promulgada el 24 de octubre de 1984. Si la víctima de tortura muere, el torturador enfrenta la misma sentencia que si hubiera cometido asesinato. *id.* art. 1, §2.

¹¹ L.N. 23.054, promulgada el 19 de marzo de 1984. (ratificando la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹² L.N. 23.049, promulgada el 14 de febrero de 1984. Véase *infra* notas 25-32 y texto acompañante.

¹³ Para una discusión sobre las leyes que se implementaron, véase Nino, *supra* nota 8, 219-21.

¹⁴ Decreto No. 187/83, promulgado el 15 de diciembre de 1983.

¹⁵ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más* (1984).

¹⁶ Orentlicher hace énfasis en el caso de Grecia. Véase Orentlicher, *supra* nota 1, 2599-2600. Pero allá los juicios principales no fueron por abusos de derechos humanos sino por el golpe de estado que dieron los coroneles. Y en Grecia las fuerzas armadas estaban mucho menos cohesionadas que las de Argentina. Estas diferencias prácticas explican la relativa facilidad con que se realizaron los juicios más que los tecnicismos legales que impresionaron a Orentlicher.

¹⁷ L.N. 23.492, *infra* nota 41.

probablemente hubiera provocado la ira de los grupos de derechos humanos, de los partidos de la oposición, y de la opinión pública nacional e internacional - una ira tan grande que hubiera deteriorado la legitimidad percibida del gobierno. Además, el efecto boomerang resultante - el afán de cientos de personas de denunciar cargos criminales - hubiera desatado una reacción militar más grande que la que más tarde provocaría el efecto boomerang de la ley de “punto final”. Más aún, el alcance de la responsabilidad no podría ser establecido en forma directa sin infringir la prohibición contra la dictación de leyes que se apliquen a hechos ocurridos con anterioridad como aquellas dirigidas a persona o personas determinadas o determinables¹⁸.

Dado que era imposible poner límites directos a las fechas y al alcance de la responsabilización, estos límites se tuvieron que establecer a través de mecanismos indirectos que al mismo tiempo se diseñaron para superar otros obstáculos legales. Estos obstáculos fueron principalmente tres: la ley de amnistía dictada por el régimen militar, la jurisdicción militar establecida por el Código Militar para enjuiciar esos crímenes, y la regulación a la excusa de la obediencia debida del Código Militar¹⁹.

El primer obstáculo, la ley de amnistía, afectó el enjuiciamiento tanto de guerrilleros como de militares. La derogación de la ley de amnistía no habría sido efectiva porque los jueces deben aplicar la ley que sea más benéfica para el acusado de entre todas las leyes aplicables existentes entre el momento en que se cometió el crimen y la imposición de la condena²⁰. Más aún, la modificación retroactiva de este artículo habría violado el mandato de que los acusados sean enjuiciados bajo la ley penal existente en el momento en que cometieron los delitos²¹.

La solución adoptada por el Congreso, a iniciativa del Ejecutivo, fue anular, en vez de derogar, la ley de amnistía²². Esto fue posible porque mediante una nueva concepción de la validez de las leyes promulgadas por gobiernos autoritarios²³, la ley fue interpretada como una norma impuesta *de facto* que, como tal, no tenía la presunción de validez de la que gozan las normas de origen democrático. De esta manera, sería válida sólo si su contenido era justo. Esta solución infringía una antigua práctica de dar a las leyes *de facto* el mismo valor que a las leyes constitucionales, pero abrió las puertas para los juicios por violaciones de derechos humanos.

El segundo obstáculo legal era la jurisdicción militar. Dado que los soldados cometieron crímenes en el ejercicio de sus funciones militares y en lugares bajo dominio militar, los juicios estaban legalmente bajo la jurisdicción de las cortes militares²⁴. Muchas personas no confiaban en la imparcialidad de estos jueces militares a la hora de evaluar los actos de sus colegas. Pero modificar la ley que rige las jurisdicciones de manera *ex post facto* violaría la prohibición de quitar a una corte su jurisdicción sobre un caso particular de manera *ex post facto*²⁵. Por otro lado, la Constitución prohíbe que el Presidente ejerza

¹⁸ Const. Art. 18 (Argentina).

¹⁹ Véase Nino, *supra* nota 8.

²⁰ Cód. Pen. art. 2.

²¹ Const. Art. 18 (Argentina).

²² L.N. 23.040, promulgada el 27 de diciembre de 1983.

²³ Véase C. Nino, *La Validex del Derecho* (1985).

²⁴ Cód. Justicia Militar arts. 108-109. (Ediciones Librería del Jurista 1985) (las cortes militares tienen la jurisdicción siempre que los crímenes sean cometidos en una base militar o en conexión con el cumplimiento de actos de servicio).

²⁵ “Ningún habitante de la Nación puede ser castigado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho

funciones judiciales o que imponga castigos²⁶. Teniendo en cuenta esta disposición, el gobierno de Alfonsín sostuvo que, dado que las cortes militares son cortes administrativas que pertenecen a una rama del poder ejecutivo, la jurisdicción militar violaría la Constitución. Se logró un acuerdo en el cual se realizaría un primer juicio frente a las cortes militares, pero con derecho de apelar automáticamente ante la Corte Federal de Apelaciones, en donde se podría presentar nueva evidencia²⁷. Si la corte militar no finalizaba el juicio dentro de seis meses, entonces la Corte Federal de Apelaciones podría, o bien extender el plazo de acción de la corte militar, o bien tomar control sobre los casos en cuestión. Desde la perspectiva política, el gobierno permitió que las cortes militares mantuvieran su jurisdicción preliminar bajo la suposición equivocada de que los jueces militares estaban preparados para llevar a juicio a algunos de sus colegas con el deseo de limpiar la imagen desprestigiada de las filas militares. El gobierno esperaba que la corte militar terminara su trabajo dentro del tiempo estipulado porque las cortes militares eran mucho más expeditas en sus procedimientos y porque supuestamente se elegiría un pequeño grupo de responsables de crímenes, filtrando a los demás. El gobierno pensaba que después de esto, luego de numerosas apelaciones de casos rechazados, la Corte Federal examinaría algunos pocos casos más, rechazados erróneamente por la corte militar.

El tercer dilema legal se originaba a raíz de la eximente de la obediencia debida, establecida en el Código Militar²⁸. Cuando un soldado comete un delito actuando bajo órdenes, la única persona responsable por el crimen es el oficial que dio la orden, a no ser que el soldado hubiese excedido los límites de dicha orden, en cuyo caso podría ser culpado sólo como cómplice²⁹. Aunque el Código Militar era útil para limitar el número de responsables a ser enjuiciados, tenía también el efecto no deseado, si se interpretaba literalmente, de indultar a muchos oficiales de rangos medios que debían ser enjuiciados. Igualmente, esta regulación no podía ser derogada retroactivamente sin que se violara la Constitución³⁰.

Afortunadamente, las cortes y los académicos habían interpretado esta disposición del Código Militar en el sentido de que se presupone la eximente de error acerca de la legitimidad de la orden impartida. Teniendo en cuenta las circunstancias especiales que los oficiales de rangos inferiores deben enfrentar, tales como presiones institucionales, amenazas y propaganda, el borrador que Alfonsín envió al Congreso establecía la presunción revocable de que quienes cometieron crímenes siguiendo órdenes, y sin tener la capacidad de decisión propia, habían confiado erróneamente en la legitimidad de las órdenes recibidas. Esta formulación permitía limitar el alcance de la responsabilidad a quienes dieron las órdenes, a quienes recibieron órdenes pero tenían un alto grado de discreción en cuanto a la forma de cumplirlas, o a quienes cometieron algunos abusos

del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley existente antes del hecho de la causa.” Const. Arg. art 18, traducida en 1 *Const. of The Third World* (1991).

²⁶ “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Const. Art. 95. traducida en 1 *Const. of The Third World* (1991).

²⁷ Este procedimiento de revisión automática y de carácter plenario es paralelo a los procesos de apelación de otras cortes administrativas, lo que garantiza la constitucionalidad del juicio por parte de una corte administrativa. Véase por ejemplo, Fernández Arias v. Paggio, 247 Fallos 646 (1960).

²⁸ Cód. Justicia Militar Art. 514 (Ediciones Librería del Jurista 1985). (Cuando el crimen es cometido al ejecutar órdenes de servicio, el superior que dio la orden será la única persona responsable, y el subordinado sólo se considerará como un cómplice cuando éste ha excedido el alcance de la orden).

²⁹ El código penal también ofrece una defensa de la obediencia debida. Cód. Pen. Art. 34(5) (Aquellos que actuaron en virtud de la obediencia debida no deben ser castigados).

³⁰ Const. Art. 18 (Argentina).

extraordinariamente brutales contra los derechos humanos que exigían un castigo ejemplar. En este último caso, la misma naturaleza del acto constituía evidencia que permitía que un juez revocara la presunción de que el agente había creído erróneamente que sus órdenes eran legítimas. Con esta interpretación normativa el borrador enviado al Congreso buscó un equilibrio entre una interpretación literal escandalosa, que estableciera la inmunidad a todos menos a los miembros de las juntas militares, y la otra interpretación excesivamente dura, que de manera injusta hubiera exigido que cada acusado probara de forma concluyente que había sido inducido a creer que la orden era legítima.

Sin embargo, el borrador fue alterado de manera sustancial antes de su promulgación³¹, lo que llevó a más confusión que claridad. Un senador³² de un partido menor que normalmente se había aliado al Peronismo, logró exitosamente que se hiciera una enmienda al borrador para restringir la aplicación de la presunción sobre actuación errónea para que un número mayor de soldados estuviera expuesto a la amenaza de ser enjuiciados. Así, la presunción de error sobre la legitimidad de las órdenes ya no se aplicaría a crímenes aberrantes y atroces. La cláusula de la obediencia debida ya no definiría los límites de quienes eran los responsables y, entonces, no eliminaría la amenaza de enjuiciamiento para cientos de oficiales debido a que, como lo repetían los miembros y amigos de los grupos de derechos humanos, cada crimen cometido bajo este contexto podría ser clasificado como “aberrante y atroz”.

No era posible que el gobierno produjera una descripción exacta de las violaciones de derechos humanos más aborrecibles sin comprometerse a llevar a cabo cientos de juicios. Pero tampoco podía hacer una lista determinada de torturadores y asesinos conocidos a ser procesados porque esto habría sido inconstitucional. En cambio, el gobierno buscó cumplir con su objetivo de limitar el número de personas que serían llevadas a juicio mediante el filtro de selección de casos por parte de las cortes militares (bajo la vigilancia de las cortes federales) y la cláusula de la obediencia debida.

Aparte de algunas decisiones preliminares más bien ambiguas³³, la corte militar no hizo mayores avances en cuanto a los procesos judiciales. Bajo fuertes presiones por parte de sus camaradas, los jueces militares permitieron que el límite de seis meses establecido, más una extensión, transcurriera. Así, la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires asumió la jurisdicción y condujo los juicios de los miembros de las Juntas y de los comandantes de la región de Buenos Aires³⁴. Estos famosos juicios se desarrollaron exitosamente en medio de una gran expectación y emoción pública. Por otra parte, la mayoría de las cortes de apelación del interior del país fueron extremadamente lentas en asumir la jurisdicción y continuar con los casos. Quizá esto se debió a que los miembros de las cortes del interior fueron elegidos menos selectivamente en términos de su compromiso con la justicia en este tipo de casos y de su independencia respecto de las fuerzas armadas en sus provincias.

Al final, ninguno de los límites que Alfonsín creyó indispensables para proteger el

³¹ L.N. 23.049, *supra* nota 12.

³² E. Sapag de la provincia de Neuquen.

³³ Por un lado, la corte militar acusó a los miembros de las Juntas pero, por otra parte, la corte pareció justificar sus actuaciones durante las acusaciones.

³⁴ Véase *La Nación*, 10 de diciembre de 1985, en 17 (la judicatura redactó una sinopsis de la decisión). Véase también *Human Rights supra* nota 1 (describiendo los juicios y condenas). Estos juicios produjeron un enorme impacto en la conciencia pública. Era la primera vez en el ámbito federal que los procesos penales orales se realizaban, gracias a la reforma de los procesos establecidos en el Código Militar.

sistema democrático fueron impuestos al pie de la letra. Este fracaso se debió a la participación democrática pero no coordinada, de agentes independientes tales como el Congreso y los tribunales. Tal como Alfonsín temía, las demoras de meses y años en la realización de la segunda serie de juicios, especialmente después del éxito de los primeros juicios, produjo cada vez más descontento entre las tropas militares. Centenares de militares se sintieron amenazados por la posibilidad de ser enjuiciados. Algunos oficiales se aprovecharon de ese descontento. Intentaron provocar a las tropas sosteniendo que los juicios eran parte de un plan para disolver las fuerzas armadas y apuntando, como evidencia, a los grupos de izquierda que hablaban como si todos los militares, no sólo ciertos oficiales, fueran responsables por el genocidio.

Un intento directo de dar un golpe de Estado no era realista por la falta de apoyo público. Sin embargo, el gobierno temía que los militares ignoraran las órdenes de los tribunales de comparecer ante la justicia. El gobierno no contaba, en los hechos, con la coerción necesaria para obligar a un oficial a presentarse ante la corte. Pero, por otro lado, admitir semejante falta de poder habría deslegitimado al gobierno y lo habría hecho vulnerable a un golpe de Estado abierto o encubierto, al crear un peligroso vacío de poder.

Este peligro se hizo aún más real hacia fines de 1986. Finalmente, en medio de las dudas y divisiones internas, el gobierno se decidió a actuar. Primero, el ministro de defensa dio instrucciones a los jueces militares para que aceleraran los juicios pendientes y para que se centraran en el procesamiento de oficiales que no estaban cubiertos por la excepción de la obediencia debida. Pero la Corte Federal de Apelaciones de Buenos Aires reaccionó fuertemente³⁵ y asumió los casos militares pendientes que estaban dentro de su jurisdicción, haciendo que estas instrucciones perdieran efecto.

Después, en diciembre de 1986, el Presidente Alfonsín envió al Congreso una propuesta legislativa³⁶ estableciendo un límite de sesenta días para acusar a los militares involucrados en la “guerra sucia contra la subversión”. Esta ley, conocida popularmente como la ley de “punto final”, fue fuertemente criticada tanto en el extranjero como en el país³⁷. A pesar que el límite de los sesenta días se traslapaba con el receso de un mes de los tribunales, esta ley tuvo el efecto boomerang de despertar a las cortes del interior del país que presumiblemente no estaban dispuestas a asumir la responsabilidad por la impunidad eterna de algunos criminales. Más de 450 personas fueron acusadas.

Como consecuencia de este despertar de las cortes, la siempre temida respuesta de los militares se materializó, creando una amenaza muy real de actos violentos y derramamiento de sangre. Durante la Semana Santa de 1987, algunos oficiales se negaron a obedecer las órdenes de detención. Se escondieron en un cuartel militar, protegidos por sus camaradas fundamentalistas, los así llamados “Cara-Pintada”, quienes lanzaron la “Operación Dignidad” para proteger a las fuerzas armadas de la amenaza del gobierno radical y de los generales cómplices.

El Presidente no pudo obtener suficiente fuerza para vencer a la resistencia.

³⁵ Tres de sus miembros renunciaron. Después, dos de ellos retiraron sus renunciaciones, pero un miembro sí abandonó la corte.

³⁶ L.N. 23.492 promulgada el 4 de diciembre de 1986.

³⁷ Véase por ejemplo, “Justice Diluted in Argentina”, *N.Y. Times*, 25 de febrero de 1987, en la sección A26, columna 1. Véase también Nino, “Speedy Trials for Argentine's Military?”, *N.Y. Times*, 6 de marzo de 1987, sección A30, columna 1 (carta al editor).

Alertados sobre lo que estaba sucediendo, millones de personas se reunieron para apoyar la democracia en la Plaza de Mayo frente a la casa gubernamental de Buenos Aires y en otras ciudades del interior de Argentina. Alfonsín viajó en helicóptero al cuartel para pedir la rendición de los rebeldes. Luego de horas de tensión, Alfonsín regresó anunciando que los rebeldes se habían rendido y estaban bajo arresto. Además pidió que todos volvieran tranquilamente a sus casas, y les deseó unas “Felices Pascuas”.

Más tarde, Alfonsín declaró en televisión que según le había confirmado su agregado militar, los rebeldes mostraron una actitud humilde y lamentaron que ellos, que habían peleado en la guerra, estuvieran bajo la sospecha permanente de ser criminales. El Presidente respondió que él estaba obligado a respetar la independencia de la rama judicial. Sin embargo, transmitió su deseo de que la Corte Suprema actuara en forma expedita para definir los límites de la obediencia debida en los juicios pendientes.

A pesar del supuesto final feliz de estos dramáticos días, lo peor estaba aún por verse. En primer lugar, en los días siguientes el gobierno se enteró que otros oficiales planeaban resistirse a las citaciones de la corte. Este reto a la autoridad del gobierno se evitó sólo temporalmente gracias a la cooperación de la Corte Suprema que pidió a los tribunales los archivos de esos casos, suspendiendo así los juicios. En segundo lugar, una campaña psicológica iniciada desde algunos sectores del frente militar³⁸ y seguida por la izquierda, reclamaba que el gobierno había negociado una ley de amnistía con los militares. “Felices Pascuas” y otras frases del discurso de Alfonsín fueron repetidas incesantemente con un tono irónico. En tercer lugar, el gobierno terminó por darse cuenta que la Corte Suprema se había negado a tomar la responsabilidad de definir los límites de la obediencia debida.

El gobierno entró en estado de desesperación. Hubo discusiones acaloradas en las reuniones entre ministros, asesores, congresistas y, presumiblemente también, los militares, sobre las soluciones posibles: No hacer nada, proponer ante el Congreso una ley de amnistía, que el Presidente otorgara indultos, permitir la discrecionalidad de los fiscales, o definir por ley el alcance de la obediencia debida. Todas estas cartas se pusieron sobre la mesa y una por una fueron rechazadas. No hacer nada habría sido un desastre. Otorgar amnistía habría excusado a muchos oficiales dado que, de acuerdo con la Constitución, ésta debe ser generalizada y, de acuerdo con el Código Militar, esto necesariamente se habría extendido a los altos oficiales³⁹. Que el Presidente otorgara el indulto a personas que aún no habían sido sentenciadas, habría sido inconstitucional⁴⁰. Y permitir la discreción de los fiscales habría violado la tradición legal y habría puesto una carga indebida sobre los hombros del fiscal general.

Finalmente, el gobierno adoptó la última opción. Propuso una ley, aprobada por el Congreso⁴¹, que hizo que la presunción revocable de la obediencia debida fuera a partir de ese momento irrevocable. La ley definió cuáles eran los rangos militares que tenían poder de decisión, y excluyó la excepción de actos atroces y aberrantes para todos los otros rangos militares.

La campaña en contra de esta ley fue muy fuerte, tanto en el país como en el

³⁸ Véase J. Morales Solá, *Asalto a la Ilusión* 161 (1990).

³⁹ Const. Art 16 (Argentina).

⁴⁰ Const. Art 95 (Argentina).

⁴¹ L.N. 23.521, promulgada el 4 de junio de 1987.

extranjero, lo que trajo enormes costos políticos para el gobierno de Alfonsín. Periodistas e intelectuales de países cuyos líderes socialistas habían aconsejado en reiteradas ocasiones a Alfonsín terminar con los juicios, lo hicieron blanco de las críticas más duras. El grupo de derechos humanos del que Alfonsín era co-fundador, diseñado para proteger a las personas de la represión militar durante los juicios, amenazó con expulsarlo. El Partido Radical también sufrió con el costo político de la ley, como se evidenció tras el pobre resultado que obtuvo en las elecciones parlamentarias y provinciales en septiembre de 1987.

Sin embargo, el beneficio principal de la ley se materializó casi de inmediato. Cuando los “Cara-Pintada” se rebelaron de nuevo⁴², fueron reprimidos por la mayoría de los militares, que ahora expresaban claramente su apoyo a las instituciones democráticas. El miedo a los juicios ya no era un elemento fuerte de cohesión. Así, durante la última rebelión, el Presidente Alfonsín pudo declarar que no pondría más límites a los juicios y como consecuencia fue aclamado por las dos Cámaras del Congreso.

Pero estos éxitos del gobierno fueron nublados por el ataque terrorista al cuartel militar La Tablada en enero de 1989 y por la hiperinflación que creció aceleradamente desde febrero de 1989. Esto llevó a que el Partido Radical perdiera las elecciones presidenciales en mayo de 1989. Alfonsín renunció a su cargo antes de terminar su gobierno, cuando se dio cuenta que sólo el nuevo gobierno sería capaz de aplacar la crisis social y económica.

Como resultado, la última página de esta historia sobre los juicios a crímenes por violación de derechos humanos, fue escrita por el Presidente Peronista Carlos Menem, quien asumió su cargo en julio de 1989. Menem concedió el indulto presidencial a todos los que estaban condenados o en juicio por actos de terrorismo subversivo y estatal, por mal comportamiento durante la guerra, o por rebelarse en contra de las instituciones democráticas⁴³. Estos indultos se extendieron incluso a los principales oficiales responsables de la organización de toda la maquinaria del terror⁴⁴.

Haber perdonado a los más responsables no ayudó para nada en el objetivo de preservar los derechos humanos hacia el futuro. La medida fue adoptada para reconciliar a diferentes sectores de la “familia argentina”, diluyendo así las condenas morales por las atrocidades cometidas y tratando los crímenes como si fueran una mera pelea entre grupos rivales. Esto fue cualitativamente diferente en relación con las medidas de Alfonsín para limitar los juicios.

La formación de la conciencia social en contra de los abusos de derechos humanos depende más de la exposición que se puede hacer de dichas atrocidades y de su clara condena que del número de personas que son de hecho castigadas por ellos. Así, una de las justificaciones para las medidas propuestas por el gobierno de Alfonsín de limitar los juicios, era el hacer posible el castigo de los principales culpables. Otorgar el perdón a los principales culpables de las dos clases de terrorismo es perjudicial para esa concientización, ya que el perdón indiscriminado confirma la impresión de que el peso de

⁴² Primero, en enero de 1998, en Monte Caseros y luego, en diciembre del mismo año en Villa Martelli.

⁴³ El 3 de diciembre de 1990, estos soldados volvieron a rebelarse y ahora se encuentran nuevamente procesados.

⁴⁴ Los responsables más conocidos por las violaciones masivas a los derechos humanos, como Videla, Massera, Viola, Camps, Suárez Mason, y Firmenich, fueron todos perdonados.

la ley nunca se aplica a los más poderosos, lo que crea incentivos para actuar ilegalmente y promueve el desencanto en el país⁴⁵. Dado que los principales conductores del régimen del terror durante la década del setenta estaban cumpliendo sus sentencias aún cuando los individuos menos poderosos estaban exentos de éstas, las personas se dieron cuenta que el poder no era inmune al castigo. Éste dejó de ser el caso luego que el Presidente Menem otorgara los indultos presidenciales.

III. Un Análisis de la Propuesta a la Luz de Algunos Aspectos Característicos del Contexto Argentino

Lo que quisiera hacer en esta sección es explorar si crear un deber en el Derecho Internacional, para que un gobierno sucesor enjuicie de manera selectiva las violaciones de derechos humanos cometidas durante gobiernos anteriores, hubiera contribuido a superar cada uno de los factores que dificultaron los juicios en Argentina.

En este análisis asumiré que el deber impuesto por el Derecho Internacional se haría cumplir a través de alguna organización internacional o por otros Estados. Para tal efecto, se podrían tomar medidas que irían desde expresiones de condena hasta la adopción de medidas, como el aislamiento económico. Esta suposición, aunque muy poco factible, demuestra lo poco probable que es que la idea de deber que plantea Orentlicher, sea reconocida actualmente, al menos de manera amplia, por el Derecho Internacional. Algunas veces los países ignoran sus crudos intereses para sancionar gobiernos extranjeros que han violado activamente los derechos humanos. Pero sería descabellado imaginar una situación en la que cualquier país sancione a un gobierno por ignorar los abusos cometidos durante un gobierno anterior. Aún así, es interesante examinar si la existencia de dicho deber marcaría una diferencia suficiente como para que valiera la pena luchar para desarrollar organismos internacionales que hagan cumplir el Derecho Internacional.

Miremos detenidamente algunos de los factores que, en mi opinión, hicieron que los juicios se dificultaran en Argentina y cómo podrían haber sido afectados por la idea del deber que Orentlicher propone.

A. La Ausencia de Negociaciones y Acuerdos

Dada la enorme trascendencia que el resultado de los juicios tenía para el futuro institucional de Argentina, ciertamente uno podría haber asumido que tuvo lugar un conjunto complejo de acuerdos⁴⁶ entre los diferentes partidos políticos que controlaban el Estado, entre el gobierno y los militares, entre el gobierno y los distintos grupos de derechos humanos, e incluso entre el gobierno y el poder judicial⁴⁷. Pero éste no fue el caso. Hubo conversaciones aisladas pero no existieron acuerdos ni negociaciones reales y concretas. Como consecuencia, las diferentes partes involucradas actuaron independientemente, sin una significativa coordinación. Ocasionalmente, se vieron

⁴⁵ Para una discusión más detallada véase C. Nino, *La Filosofía de la Práctica Constitucional Argentina* (por ser publicado).

⁴⁶ España, Uruguay y Chile mostraron esta tendencia.

⁴⁷ Uno puede estimar problemática la idea de llegar a acuerdos con respecto a la duración de los juicios. Pero, como se explicó anteriormente, el castigo absoluto sin transar es moralmente censurable así como contraproducente cuando causa mayores violaciones a los derechos humanos a través de facilitar la formación de grupos rebeldes dentro de las fuerzas armadas. Véase texto acompañante de *supra* nota 4.

pequeños gestos de cooperación; pero como se señaló anteriormente, éste no fue el caso en la mayoría de las situaciones.

Posiblemente la magnitud y cercanía en el tiempo de las atrocidades cometidas en Argentina esparció un deseo del castigo, lo que eliminó casi todas las posibilidades de negociación. Quizás, la muy frecuentemente mencionada intransigencia política del pueblo argentino impidió la posibilidad de llegar a acuerdos⁴⁸. Ciertamente hubo elementos de desconfianza que dificultaron cualquier negociación. Los militares creían que el gobierno quería promover el juicio de cientos o incluso miles de sus tropas, mientras que los grupos de derechos humanos pensaban que la intención secreta del gobierno era otorgar amnistía a todos o a casi todos los criminales. Si ambos grupos hubiesen creído que el gobierno intentaba promover los juicios de, por decir algo, entre treinta y sesenta acusados, ambos se hubieran liberado de sus temores. Un acuerdo para tal efecto entre todas las partes correspondientes, incluyendo el poder judicial, habría evitado a todos costosas tensiones y frustraciones.

La estructura de interacción entre los diferentes actores en Argentina no era apropiada para lograr acuerdos. Al leer un libro reciente sobre la lógica de la interacción colectiva durante la transición a la democracia en España después del reinado destructivo de Franco⁴⁹, quedé impresionado por el hecho de que el proceso de negociación y de lograr acuerdos fue facilitado por la circunstancia de que tres grupos con grados similares de poder pudieron ejercer igual presión sobre el otro. Los Franquistas y la oposición liderada por los Socialistas consideraban el compromiso propuesto por el gobierno como una segunda alternativa. Y el gobierno podía amenazar con alinearse con cualquiera de los dos grupos, forzando en el otro su peor opción.

Sin embargo, las diferentes partes involucradas en los juicios de derechos humanos en Argentina no eran iguales, ni en poder ni en influencia. El poder de amenaza de los grupos de derechos humanos era más bien débil, y éste consistía en la capacidad de mover a la opinión pública en el país y en el extranjero, y eventualmente en provocar alguna reacción internacional. Pero más importante aún, esas amenazas solamente afectaban al gobierno al desacreditarlo y debilitar la percepción que existía de su legitimidad. Los sectores militares y los grupos que los apoyaban se beneficiaban de cualquiera de estas amenazas en contra del gobierno.

¿La estructura de acción colectiva habría sido diferente si la propuesta de Orentlicher se hubiera materializado? El poder de negociación del gobierno para llevar a cabo los juicios no se hubiera reforzado con la posibilidad de que el país recibiera una condena internacional por fracasar en el enjuiciamiento selectivo de los abusos a los derechos humanos cometidos en el pasado. Esta presión internacional no habría sido percibida por parte de los sectores más fuertes de los militares como una amenaza para ellos. Quizás la posición de los grupos que defendían los derechos humanos hubiera sido más fuerte si hubiese estado respaldada por una norma de Derecho Internacional. Pero este fortalecimiento habría sido dirigido contra el gobierno y no contra los grupos más resistentes de las fuerzas militares. El único grupo que hubiera ganado poder resultaría ser el beneficiario menos apropiado, es decir, el grupo de los autores de los crímenes perpetrados. Los grupos extremistas de las fuerzas militares hubieran recibido con los brazos abiertos el debilitamiento del gobierno y de sus políticas a través de su pérdida de

⁴⁸ Existe incluso un partido que se enorgullece de ser llamado “intransigente”.

⁴⁹ Véase J. Colomer, *La Manipulación del Poder* (1990).

legitimidad en la sociedad y su pérdida de prestigio internacional.

Es posible que la existencia del deber de enjuiciar de manera selectiva, respaldado mediante sanciones muy fuertes hubiera marcado una diferencia en la estructura de acción colectiva⁵⁰. Las sanciones habrían afectado a la población en general, creando una enorme presión adicional en los sectores más radicales de las fuerzas militares para superar su resistencia a enfrentar los juicios. Pero, como lo señalé anteriormente, la posibilidad de que hubiesen poderes mundiales reaccionando tan fuertemente contra un gobierno por su incapacidad de enjuiciar de manera selectiva las violaciones cometidas durante un gobierno anterior, resulta ser una completa fantasía.

B. El Fracaso del Discurso Común

Las negociaciones entre las partes involucradas en los juicios por violaciones a los derechos humanos en Argentina no prosperaron. La otra forma de comunicación, es decir, discutir con la intención de persuadir, resultó ser difícil cuando se dirigía hacia ciertos sectores de las fuerzas militares.

Luego de años de educación formal e informal, muchos militares desarrollan una forma de ver el mundo que es significativamente diferente a la del resto de los ciudadanos. Como consecuencia desarrollan tipos de discurso prácticos muy desconectados y aislados de los utilizados por el resto de la sociedad. Esta forma de discurso refuerza y refleja su ideología referente a un valor supremo, el florecimiento del Ser Nacional. Este Ser Nacional no evoluciona con la historia del país; su estructura no depende de la Constitución, la cual es vista como un mero instrumento; tampoco se expresa su voluntad a través del proceso democrático. De esta manera, debido a que este Ser Nacional no tiene una base empírica, está constantemente siendo amenazado por enemigos empeñados en destruir su identidad al debilitar su poder militar, su religión, y su régimen de propiedad. Las fuerzas armadas, así como la Iglesia y otros poderes “reales”, serían los defensores naturales de ese Ser Nacional, dado que tienen un conocimiento privilegiado de sus necesidades.

La “guerra sucia contra la subversión” fue justificada bajo esta ideología con una retórica de apoyo. Muchos militares defendieron el sacrificio de individuos inocentes y la total falta de respeto por la Constitución y por el estado de derecho como medios necesarios para preservar el Ser Nacional.

A veces se presentaron inconsistencias dentro de este modo de discurso cuando los líderes militares no justificaban sus crímenes sino que los negaban tajantemente. Otras veces, los militares ya acusados oscilaban entre la justificación y la negación. Sin embargo, en general, los militares involucrados en los abusos eran relativamente consistentes en justificar la “guerra sucia” como necesaria para alcanzar metas superiores.

Una vieja pregunta es si estamos justificados en imponer, a través del derecho penal, nuestros propios valores a personas que no sólo no los comparten sino que además carecen del esquema conceptual que los haría capaces de reconocerlos y entenderlos⁵¹. No me cabe duda que nuestro propio modo de discurso es universalista e inevitablemente nos

⁵⁰ Un ejemplo de esto son las sanciones aplicadas a Sudáfrica por su política de apartheid tales como sanciones económicas, embargo de petróleo, y desinversión.

⁵¹ [omitido]

compromete a realizar juicios sobre moralidad intersubjetiva, incluso en relación con la conducta de personas que no comparten ese modo de discurso⁵². Puede ser que, subjetivamente, las acciones de una persona sean excusables porque ésta las evalúa desde un modo de discurso diferente, por ejemplo, puede creer que sus acciones fueron justificadas porque su forma de ver el mundo dicta el comportamiento en cuestión, pero esto no quiere decir que las acciones de esa persona sean objetivamente justificadas según las presuposiciones de nuestro modo de discurso práctico⁵³. Sin embargo, cuando los abismos entre diferentes modos de discurso se establecen dentro del discurso más dominante, y cuando el operar del derecho penal no está acompañado por un proceso de argumentación basado en terreno en común, surge una seria amenaza contra la estabilidad social y la cohesión. En cierto sentido esto es lo que pasó en los juicios por las violaciones a los derechos humanos en Argentina. Los militares mantuvieron un alto nivel de solidaridad durante los juicios, tanto así que casi ninguno de los soldados testificó. Se negaron a reconocer la legitimidad de los procesos. Así, surgió una situación en la cual un grupo poderoso no aceptó las mismas normas y principios del resto de la sociedad.

Es poco probable que la existencia del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos bajo el Derecho Internacional hubiese contribuido a cerrar la brecha entre modos de discurso que no tenían ninguna relación. Tal vez algunos pequeños pero influyentes sectores conservadores, que se inclinaban a justificar sus abusos, se hubieran rendido ante la presión internacional para seguir adelante con los juicios. Sin embargo, esto probablemente no habría afectado el resultado final. Efectivamente, los sectores militares extremistas no se habrían conmovido con la presión internacional para cambiar su visión de mundo. Por el contrario, dichas presiones de la comunidad internacional habrían confirmado su idea de que los militares necesitaban proteger a Argentina de poderes externos que intentaban debilitar su soberanía. Y la inconsistencia con la cual los superpoderes denuncian, desde una posición de superioridad moral, a Estados más pequeños de violaciones a los derechos humanos, hubiera sido condenada por los sectores relevantes de las fuerzas militares como ruido hipócrita en vez de un discurso moralmente superior.

C. Demandas Maximalistas

La comunicación entre el gobierno y los grupos de derechos humanos no estuvo tan afectada por los diferentes modos de discurso, sino más bien por otros factores.

Muchos de los miembros de estos grupos habían sido extremadamente valientes durante la represión. Sus miembros incluían familiares de las víctimas que, por supuesto, se sentían profundamente afectados por el destino de sus seres queridos. Pero las presiones emocionales que muchos grupos sufrieron dificultaron su habilidad para ser objetivos. Las Madres de la Plaza de Mayo, por ejemplo, insistieron en que los desaparecidos debían aparecer vivos, aún cuando el hecho desafortunado de sus muertes era evidente para todo el mundo. En consecuencia, las Madres demoraron las investigaciones con acciones tales como oponerse a la inspección de tumbas anónimas con el propósito de identificar cadáveres.

⁵² Incluso el posible juicio sobre la necesidad de tolerar las acciones realizadas por personas con valores diferentes y con diversos esquemas que los justifican nos comprometería a no tolerar las acciones que interfirieran con esa tolerancia.

⁵³ Véase C. Nino, *El Constructivismo Ético* (1989).

Una complicación adicional fue que los grupos de derechos humanos en general, adoptaron una posición totalmente retribucionista frente al castigo de los actos de terrorismo de Estado, la que no fue igualmente extendida a los actos del terrorismo de las fuerzas de izquierda. Estos grupos acusaron al gobierno de ver las cosas a través de “la teoría de los dos demonios” que, a su modo de ver, trataba erróneamente a los dos grupos terroristas como igualmente responsables. El gobierno respondió que se intentaba, por el contrario, des-endemoniar la política argentina al someter a todos a enfrentar el peso de la ley. Pero los grupos se mantuvieron comprometidos con el objetivo exclusivo de castigar el terrorismo de Estado. La visión punitiva del castigo adoptada por estas organizaciones podría haber servido como contrapeso a cualquier apoyo popular a la impunidad general de los militares o al excesivo pragmatismo de algunos oficiales del gobierno que estaban inclinados a adoptar la solución de corto plazo más fácil. Sin embargo, cuando se pasó cierto umbral, esta posición punitiva empezó a ser dañina y auto-frustrante.

En primer lugar, la actitud de “todo o nada” no brindaba ningún incentivo para promover los juicios puesto que, bajo la versión más extrema, cualquier resultado que no incluyera el enjuiciamiento total hasta del último oficial involucrado, que por supuesto hubiese sido imposible, carecería totalmente de valor. Esta actitud desalentó a los oficiales del gobierno y afectó negativamente su voluntad de promover y acelerar los procesos judiciales más críticos.

Tanto nacional como internacionalmente muchas personas sostuvieron expectativas extremadamente altas sobre los juicios, sin entender las incertidumbres que Argentina estaba enfrentando en este experimento. Hubo gente en el extranjero que incluso dijo que el gobierno de Alfonsín estaba perdiendo legitimidad moral por los límites que impuso a los juicios. Extrañamente, esta conclusión coincidía con aquella alcanzada por los sectores extremistas de las fuerzas militares, aunque basada en diferentes premisas. En segundo lugar, la posición maximalista de los grupos de derechos humanos, también ayudó a confirmar los temores del partido de oposición en el sentido que había un plan para debilitar a las fuerzas armadas. La demanda fue formulada sin discriminar entre los militares sino, por el contrario, acusando a toda la institución. Por supuesto esta condena a todos los militares no hizo nada para facilitar la cooperación, incluso entre aquellos que no tenían ni la más remota posibilidad de ser enjuiciados. En tercer lugar, dado que sus exigencias eran extremas e indiscriminadas, los grupos de derechos humanos posiblemente terminaron desacreditándose a sí mismos, junto con el gobierno, ante los ojos de la opinión pública. Este resultado fue muy desafortunado, dado el importante papel que estas organizaciones jugaron en el pasado y podrían tener que jugar en el futuro.

La incorporación dentro del Derecho Internacional del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior, hubiera sólo alimentado las exigencias maximalistas, magnificando su efecto divisorio. La debilidad de la posición retribucionista del castigo en la cual las demandas de los grupos de derechos humanos estaban basadas, habría sido sostenida artificialmente por el Derecho Internacional positivo, perjudicando al gobierno que se encontraba acorralado. Su incorporación sólo hubiera deslegitimado y debilitado aún más al gobierno que no contaba con la fuerza para cumplir con este deber, sin agregar ni una pizca de poder adicional para cumplir con el.

D. Oportunismo Político

Los partidos de oposición argentinos cooperaron al aprobar muchos de los instrumentos fundamentales para la implementación de las políticas del Presidente Alfonsín en lo referente a derechos humanos. Por ejemplo, la anulación de la ley de amnistía fue aprobada por todos los partidos representados en el Congreso. Pero se vio también un nivel relevante de oportunismo, principalmente cuando las dificultades para culminar los juicios comenzaron a surgir. Por ejemplo, el Partido Peronista se abstuvo de enviar congresistas a CONADEP, a sabiendas de que su falta de participación podía afectar la percepción de legitimidad de ésta. Y, aún cuando los legisladores Peronistas concordaron en privado con la necesidad de limitar los juicios⁵⁴ y entregaron quórum para aprobar la legislación, públicamente criticaron estas leyes como concesiones a los militares.

Este oportunismo no se debe por entero a carencia de virtud política. El oportunismo se crea también producto de la dinámica de confrontación, que es inherente a un sistema presidencialista de gobierno que coexiste con partidos fuertes y disciplinados⁵⁵.

Es poco probable que el oportunismo se hubiera limitado con la existencia, dentro del Derecho Internacional, del deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior. Por el contrario, los partidos de oposición hubieran señalado que el gobierno no estaba cumpliendo con sus obligaciones internacionales, o que incluso era una especie de paria en la comunidad internacional. Los partidos de oposición - que no absorbieron los costos políticos de limitar esos juicios - hubieran usado la atención internacional para maximizar sus ganancias políticas. Sólo la posibilidad de sanciones internacionales extremadamente duras hubiera forzado a los partidos de oposición a trabajar seriamente para avanzar con los juicios.

E. Ambigüedades

Es inevitable que en política haya algún nivel de discurso contradictorio o ambiguo, dado los efectos auto-gratificantes y auto-frustrantes de las predicciones, amenazas y advertencias que existen en este contexto. Por ejemplo, muchas personas insistieron que cuando el Presidente Alfonsín envió al Congreso la ley de obediencia debida debió haber sido mucho más abierto con respecto al riesgo que ésta representaba para la democracia y, por lo tanto, para el futuro de los derechos humanos. Su credibilidad personal se vio afectada por el hecho de que repitió afirmaciones algo inconsistentes, diciendo que la ley de obediencia debida era necesaria para preservar el estado de derecho y que él no se encontraba bajo ningún tipo de presión cuando se decidió a promoverla. Sin embargo, fue importante el hecho de que no enfatizara en exceso el riesgo de la resistencia militar por miedo a agitar a los militares y a generalizar la percepción de debilidad al interior del gobierno. De esta manera, a los oficiales del gobierno se les acusó con frecuencia de emitir diferentes mensajes intencionalmente, dependiendo de si su audiencia consistía en oficiales militares, grupos de derechos humanos, ciudadanos u organizaciones internacionales. Pero si la ambigüedad hubiera sido una práctica común, esto habría provocado muchos efectos perjudiciales.

⁵⁴ Esto se evidencia en el apoyo que posteriormente se dio a muchos de los perdones más generalizados otorgados por Menem.

⁵⁵ En general véase Nino, "Transition to Democracy, Corporation and Constitutional Reform in Latin America", 44 *U. Miami L. Rev.* 129 (1989).

La presencia constante de ambigüedades habría creado expectativas poco realistas por parte de las respectivas audiencias, las cuales luego habrían presionado al gobierno para que las cumpliera. Y, el fracaso inevitable del gobierno de cumplir con todas estas expectativas poco realistas, hubiera creado, a su vez, frustración e insatisfacción generalizadas. Además, si las ambigüedades se hubieran hecho públicas, se habría desacreditado a los miembros de gobierno que las dijeron y habrían generado el temor de que ellos estaban conspirando con los partidos de oposición.

Si hubiera habido una norma internacional sobre el deber de enjuiciar de manera selectiva los abusos a los derechos humanos cometidos por un gobierno anterior, con sanciones que lo respaldaran, tal vez el gobierno se hubiera sentido obligado a abandonar las ambigüedades y hubiera confesado abiertamente que carecía de la fortaleza necesaria para castigar estos abusos de derechos humanos. Esto podría haber tenido algunos efectos positivos al bajar las expectativas de los diferentes sectores de la sociedad, y al generar más simpatía por un gobierno que estaba luchando con intereses y valores en competencia. Pero sin sanciones impuestas para hacer cumplir la ley, esta confesión abierta de debilidad, como señalé anteriormente, sólo habría socavado la imagen del gobierno, con resultados impredecibles.

IV. Conclusiones

Dadas las circunstancias, las investigaciones y juicios que el gobierno de Alfonsín realizó por abusos a los derechos humanos cometidos en el pasado, se sostuvieron milagrosamente bien. Los resultados, que fueron el producto de acciones realizadas por agentes independientes sin ninguna coordinación, constituyeron todo lo que se podía exigir moralmente dadas las circunstancias - una muestra de lo que Bernard Williams llama “suerte moral”⁵⁶. El éxito limitado contribuyó a crear una conciencia pública sobre los horrores que pueden tener lugar cuando la democracia y el estado de derecho son pasados por alto. Esta conciencia se dejó ver en el hecho que bajo la peor crisis económica de la historia en Argentina, casi nadie apoyó una interferencia al proceso democrático, a diferencia de lo que sucedía anteriormente en situaciones más moderadas de crisis económica. También se puede apreciar a través de las reacciones populares que existieron en contra de los perdones otorgados por el Presidente Menem.

Estos logros del gobierno del Presidente Alfonsín se alcanzaron sin que las instituciones democráticas sufrieran una tensión excesiva a raíz de las reacciones de los militares. En consecuencia, los militares están gradualmente cambiando su modo de discurso característico, aceptando una visión menos holística de la nación y una visión menos elitista, en términos epistémicos, sobre sus necesidades⁵⁷.

Ha habido pocos paralelos en el mundo, y ciertamente no en América Latina, relacionados con el enjuiciamiento de los responsables por tales atrocidades. Más aún, Argentina lo logró sin un ejército invasor o un sector de las fuerzas armadas respaldando los juicios - literalmente sin nada más que el llamado a la moral. Sin embargo, la mayor limitación para los logros de Argentina bajo Alfonsín provino de la crítica pública. Si personas como Orentlicher piensan que el proceso fue un fracaso parcial, entonces fue un

⁵⁶ B. Williams, *Moral Luck, Passim* 1981.

⁵⁷ Esto se ve por ejemplo, en la aceptación de los militares de una ley de seguridad interna que no permitía su intervención en conflictos internos.

fracaso parcial. Esto es así porque parte del éxito consiste en los efectos subjetivos, como el impacto ejemplar del proceso en otros desarrollos, el orgullo de los ciudadanos en relación a los resultados de los juicios, y la satisfacción de las víctimas.

El éxito, aunque limitado, fue el producto de un delicado equilibrio entre muchos factores. Yo no creo que el equilibrio se hubiese fortalecido con la clase de deber internacional por el cual Orentlicher aboga. El deber internacional posiblemente hubiera desestabilizado aún más el proceso de promover los juicios. El deber legal de llevar a juicio de manera selectiva los casos por abusos a los derechos humanos cometidos en el gobierno anterior es un instrumento muy burdo para ayudar los gobiernos sucesores que deben luchar con las complejidades sutiles de restablecer la democracia.

Quizás sería mucho más útil para el Derecho Internacional reconocer el derecho de la comunidad internacional de castigar las violaciones de derechos humanos en un foro internacional. El espíritu post-Nuremberg de enviar a autores de crímenes en contra de los derechos humanos a cortes internacionales parece ser muy sensato. Las violaciones a los derechos humanos están, junto con crímenes como el terrorismo, el narcotráfico y la desestabilización de gobiernos democráticos, en una categoría de actos que pueden, dada su magnitud, exceder la capacidad de las cortes nacionales para manejarlos internamente. Por supuesto puede resultar demasiado idealista esperar la implementación de dichas cortes bajo el estado presente del Derecho Internacional; pero no es menos realista que esperar que la comunidad internacional, a través de la presión política externa, haga cumplir el deber de castigar los abusos de derechos humanos cometidos en el pasado en un país determinado. Ahora bien, si el establecimiento de las cortes internacionales se hace imposible, se podrían implementar soluciones intermedias, tales como la internacionalización de la jurisdicción y el rechazo de los tribunales extranjeros a reconocer amnistías, perdones o prescripciones para esta clase de crímenes.

En segundo lugar, se podría establecer un deber internacional para esta clase de situaciones de una manera que tome más en cuenta el contexto existente que como lo propone Orentlicher. Me refiero al deber de los gobiernos de salvaguardar los derechos humanos de futuras violaciones por parte del gobierno o de otros agentes. Hay casos claros, condenados por las actuales normas internacionales, en donde los gobiernos violan los derechos humanos de una manera abierta y activa. Pero también hay casos en los que los gobiernos, de manera pasiva e indirecta, hacen peligrar la preservación de los derechos humanos a través del debilitamiento de las instituciones, las prácticas, los hábitos culturales, y la estructura económica que apoya la protección de los derechos humanos. Estos no son generalmente reconocidos como violaciones propiamente tales, aunque deberían serlo. A veces la incapacidad del gobierno de investigar y hacer juicios por las violaciones a los derechos humanos cometidos durante un gobierno anterior puede, con justa razón, ser categorizada como un abuso pasivo a los derechos humanos si pone dichos derechos en peligro en el futuro.

En ocasiones, sin embargo, lo que puede parecer ante la comunidad internacional como pasividad por parte de un gobierno, puede de hecho ser una forma activa de salvaguardarse de *futuras* violaciones a costa de dejar de lado los juicios por crímenes pasados. En otras palabras, el contexto presente puede frustrar el esfuerzo del gobierno de promover el castigo de personas responsables por los abusos de derechos humanos, a menos que se corra el riesgo de provocar mayor violencia y el retorno a un régimen no democrático. En esos casos, la comunidad internacional debería asumir la responsabilidad

de hacer valer el deber general que estoy proponiendo. Esto resultaría mucho más útil para la protección de los derechos humanos que la incorporación de un deber burdo e indiscriminado para castigar, independientemente de las circunstancias particulares por las que esté atravesando el gobierno, especialmente considerando la amenaza de futuras violaciones similares.

Con el mecanismo internacional que aquí se propone, los estados extranjeros y la comunidad internacional no podrían emitir críticas simplistas sobre la omisión de un gobierno de castigar las violaciones de un régimen anterior. Antes de reaccionar con críticas y sanciones, la comunidad internacional tendría que ejercer una revisión completa del contexto actual y de las complejas cadenas de causalidad que llevan a la violación de derechos humanos, que pudieron haber sido generadas no sólo por la indulgencia hacia los abusos del pasado sino también por otros factores como las presiones políticas y económicas. Tal revisión podría revelar que esos obstáculos se originan en agentes, tales como gobiernos extranjeros, que usualmente son percibidos como estando por encima de toda sospecha.

En resumen, la propuesta de Orentlicher, aunque bien expuesta y argumentada, no ayudaría a un gobierno que busca prevenir violaciones futuras a los derechos humanos ni siquiera cuando éste decide hacerlo mediante el castigo de los abusos de derechos humanos cometidos en el pasado. Por el contrario, lo que se necesita es un sistema en el que la comunidad internacional considere los problemas únicos y particulares que cada gobierno democrático sucesor enfrenta y apoyar los esfuerzos necesarios para asegurar la democracia, y por lo tanto, los derechos humanos en el futuro. El conocimiento requerido sobre las circunstancias existentes para cada caso con el fin de lograr soluciones justas y prudentes, excluye en general la actitud epistemológicamente elitista de la intervención directa ejercida por poderes externos; al mismo tiempo permite presiones⁵⁸ que tiendan a estimular a las personas a discutir y decidir por sí mismas la mejor forma de proteger sus propios derechos⁵⁹.

⁵⁸ Tales como aquellas realizadas por el gobierno del Presidente Carter, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otros, cuando los derechos humanos estaban siendo violados en Argentina.

⁵⁹ Esto tiene conexión con mi defensa de la democracia, que ciertamente debe ser extendida a la esfera internacional, basada en su valor epistémico para lograr soluciones correctas (es decir, imparciales) y morales para conflictos internamente subjetivos. Véase C. Nino, *The Ethics of Human Rights* (1991).

UNA RESPUESTA AL PROFESOR NINO*

Diane F. Orentlicher

Siendo uno de los principales arquitectos del programa de juicios sobre derechos humanos del Presidente Alfonsín, Carlos Nino entiende muy bien los dilemas que existen alrededor de los esfuerzos de una democracia naciente para castigar los crímenes de un régimen anterior, y su recuento lúcido de la experiencia argentina enriquece nuestra propia comprensión de éstos. Los ciudadanos de naciones que enfrentan dilemas similares han quedado bien advertidos para tener en cuenta la precaución que el Profesor Nino hace contra las demandas excesivas de los “maximalistas”. Pero al atribuirme a mí sus puntos de vista, el Profesor Nino está apuntando fuera del blanco¹.

He tenido el privilegio de trabajar, en distintas partes del mundo, con hombres y mujeres que dedican sus vidas a la transformación de normas abstractas de Derecho Internacional en prácticas cotidianas de las personas. Les ha costado tanto alcanzar sus logros que no podría nunca sostener, como el Profesor Nino sugiere que he hecho, que una democracia naciente debe sacrificar los resultados de sus esfuerzos ante rígidos preceptos o demandas maximalistas².

El Profesor Nino y yo estamos completamente de acuerdo con el hecho de que el Derecho Internacional debe “tener en cuenta [las] complejidades” de situaciones reinantes en países como Argentina. Mi tesis gira precisamente alrededor del reconocimiento de esas complejidades. Tal como mi artículo encarece, el Derecho Internacional no exige que los gobiernos cometan suicidio político. Las doctrinas de excepción, descritas en mi artículo, aseguran que los deberes generalmente aplicables no tengan este efecto.

* Tomado de Diane F. Orentlicher, “A Reply to Professor Nino”, publicado en *The Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 2641-2643.

¹ Aún cuando mis breves observaciones en esta nota se dirigen a lo que yo creo son los principales puntos hechos en el comentario del Profesor Nino, en Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights in Context: The Case of Argentina”, 100 *Yale L.J.* 2619 (1991), algunos de los puntos de vista que él me atribuye pueden crear una impresión equivocada con respecto a las posiciones planteadas en mi artículo. Por ejemplo, yo no sugerí que el resultado de los juicios por tortura en Grecia pudiera ser atribuido solamente a “tecnicismos legales.” *id.* En 2624n. 16. Ver Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime* 2537, 2599-600 n.273 (1991). Tampoco sugerí que era políticamente viable que el gobierno de Alfonsín creara un “límite de corto plazo para los juicios más allá de el empleo de procedimientos” descrito en el trabajo del Profesor Nino. Nino, *supra* nota en 2624. Véase Orentlicher, *supra* nota en 2599 n.270.

² Estas experiencias también me han dejado claro que los derechos ganados con dificultad deben salvaguardarse frente a los efectos destructivos de la impunidad. Con respecto a esto, es particularmente notoria la experiencia filipina. Poco tiempo después que Corazón Aquino sucedió a Ferdinand Marcos, muchos de sus asesores, que eran abogados de derechos humanos durante el gobierno de Marcos, me comentaron en privado que ellos pensaban que los juicios a oficiales del ejército por violaciones cometidas durante el gobierno de Marcos serían desestabilizadores. Algunos años más tarde, los mismos oficiales me dijeron que, visto en retrospectiva, ellos hubieran deseado que las organizaciones internacionales de derechos humanos hubieran ejercido presión sobre el gobierno de Aquino para instaurar los juicios por violaciones a los derechos humanos. En su opinión, el hecho que el gobierno no lo hizo había dado valor a los militares para lanzar sucesivos intentos golpistas, y esto había erosionado más aún la disciplina militar. Después de un período de calma, las violaciones de derechos humanos comenzaron a surgir de nuevo. Los abogados de derechos humanos se encontraron, en números importantes, entre las nuevas víctimas.

Por otra parte, los deberes generales impuestos por el Derecho Internacional tampoco son un “instrumento burdo” como el Profesor Nino los hace ver. El Profesor Nino se equivoca al asumir que los deberes examinados en mi artículo, si fueran aplicados en Argentina, podrían haber reforzado la posición de los maximalistas al investir sus demandas con la autoridad del “Derecho Internacional positivo”. Mi argumento es que el Derecho Internacional *no* requiere que los gobiernos sucesores castiguen a todos los que participaron en el sistema pasado de violaciones a los derechos humanos - como los maximalistas hubieran exigido que se hiciera. Entonces, ¿cómo podrían los requerimientos del Derecho Internacional haber habilitado a los oponentes de Alfonsín para “señalar que el gobierno no estaba cumpliendo con sus obligaciones internacionales, o que incluso era una especie de paria en la comunidad internacional,” sólo porque no llegó a postular una política más amplia de procesos penales?

Si el gobierno argentino erró en sus decisiones, erró en términos de estrategia, no en términos de la ley. Al retirarse de juicios que ya estaban comenzados, el gobierno dejó la impresión de que era demasiado débil para enjuiciar a aquellos que creyó merecían un castigo. Eso es, por cierto, una especie de fracaso. Pero es meramente un fracaso político - un fracaso de la voluntad basado en la percepción del gobierno de su propia falta de poder - y no una violación a la ley internacional³.

Sospecho que es en la idea de la autoridad del Derecho Internacional donde el Profesor Nino y yo diferimos más⁴. Es halagador, aunque completamente desacertado, que el Profesor Nino caracterice como “el deber de Orentlicher” las obligaciones establecidas por Estados bajo el Derecho Internacional de castigar ciertos crímenes atroces. Yo no creé estos deberes. Ellos surgen, en algunos casos, en virtud de explícitos requerimientos establecidos en las convenciones de derechos humanos⁵. En otros casos surgen en forma de tratados, interpretados con toda autoridad por organismos judiciales internacionales⁶. Y surgen, también, bajo leyes tradicionales tal como son interpretadas por, entre otros, el *American Law Institute*⁷. Contrario a lo que el Profesor Nino sugiere, ellos han sido, de manera repetida, las bases de las condenas y esfuerzos internacionales por hacer cumplir la ley⁸. Hay, por supuesto, una ironía - una que sólo puedo lamentar - en la reticencia del

³ Aun cuando la retirada del gobierno de Alfonsín de los juicios no fue en sí una violación al Derecho Internacional, la ley que prohibió futuros juicios de la mayoría de los acusados potenciales, cuyo pasaje fue asegurado por el gobierno de Alfonsín en 1987, estableció una base de “órdenes superiores” para la impunidad que era inconsistente con los principios bien establecidos del Derecho Internacional. Véase Orentlicher, *supra* nota, en 2605 n.300-01.

⁴ El profesor Nino encuentra inconcebible que la “totalidad de la población” pueda no estar en libertad de anular la ley internacional mediante plebiscito popular. Pero está bien establecido que las leyes nacionales pueden violar las obligaciones internacionales del Estado, no importando la manera en que dichas leyes fueron dictadas. Véase Orentlicher, *supra* nota 1, en 2553, 2597 & nn.62, 260-61.

⁵ Véase *id* en 2562-84.

⁶ Véase *id* en 2562-84.

⁷ Véase *id* en 2562-84.

⁸ Véase *id* en nn. 213, 310 y en nn. 204-06 y su texto acompañante; véase también *id.* en 2573-83 (decisiones de los organismos internacionales interpretando los tratados de derechos humanos para obligar el castigo de las violaciones graves). Que esos deberes no se cumplan adecuadamente, no cabe duda. Es entendible también la percepción del Profesor Nino de que los gobiernos no han tenido la voluntad de presionar a otros Estados para instaurar los juicios de derechos humanos. El gobierno de Reagan no tomó ninguna posición frente a los juicios del gobierno de Alfonsín, y el gobierno de Bush se mantuvo en silencio con respecto a los indultos otorgados por el sucesor de Alfonsín. El gobierno de los Estados Unidos ha sido más directo en presionar por los juicios por derechos humanos en muchos otros países, como Haití y El Salvador.

Profesor Nino para reconocer estas obligaciones internacionales: éstas dan sustento a los mismos procesos penales por los cuales él mismo merece tanto crédito - y que ciertamente cuentan entre los logros más encomiables de su nación.