
SERGIO POLITOFF (*)
(Rotterdam, Holanda)

**Dogmática y vida de los derechos humanos
en los regímenes autoritarios de América Latina**

I. DERECHOS HUMANOS Y «MUNDO PERIFERICO»

Con insistencia se afirma el valor relativo que tendría la teoría de los derechos humanos frente a la realidad de los países pobres del llamado «tercer mundo». Hay quienes piensan que no es adecuado «prescribir», por así decirlo, «desde el nivel de los países industrializados» a los países en desarrollo, «cuáles son los derechos humanos que deben tener» (1). Como hemos recordado en otra ocasión (2), todavía conserva popularidad en algunos medios intelectuales avanzados la referencia sarcástica de Sartre, en su prólogo a *Les Damnés de la Terre*, de Frantz Fanon (1961), a la gente del «mundo periférico» que repite las palabras que vienen de París, Londres o Amsterdam: «¡Par-tenón! ¡Fraternidad!» ('tenón... idad...')».

Ahora, desde la corriente del pensamiento «verde», Galtung (3) agrega nuevas reservas: ¿Pudiera ser que la tradición de los derechos humanos no sólo sirva para proteger a las víctimas contra los gobier-

(*) Profesor de Derecho Penal de la Universidad Erasmo de Rotterdam.

(1) WOLFGANG SCHILD, *Systematische Überlegungen zur Fundierung und Konkretisierung der Menschenrechte*, en *Menschenrechte, Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung*, J. Schwartländer (ed.), Tubinga, 1978.

(2) Mi postfacio a *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, de LOUK HULSMAN y JACQUELINE BERNAT DE CELIS, ed. Ariel, Barcelona, 1984.

(3) JOHAN GALTUNG, *What Kind of Development and what Kind of Law*, en *Development, Human Rights and the Rule of Law*, International Commission of Jurists, Pergamon Press, Oxford, New York, 1981, pp. 121-129 (p. 125).

nos, sino también a los gobiernos contra la ira acumulada y colectiva de las víctimas en abierta sublevación y rebelión? ¿No será que los gobiernos prefieren un arreglo «entre caballeros», con alguna expresión de desaprobación moral, fragmentaria respecto de la individualización de las víctimas, sobre la base de «hoy a mí, mañana a ti», de manera de substituir las revoluciones por resoluciones?

Por otra parte, la tradición de los derechos humanos reposaría —según ese autor— en un «macroenfoque», con énfasis en la cúpula (*top-heaviness*) y en la complicada maquinaria «institucionalizada»: la Asamblea General de las Naciones Unidas, como *f fuente* de las normas, los gobiernos como *destinatarios* y las personas como *objetos* de ella. Galtung pone en guardia respecto de una tradición en que los derechos aparecen separados de las obligaciones y en que las decisiones deben ser tomadas, en último término, por órganos muy alejados de los directamente afectados. Su concepción sobre el papel de la tradición de los derechos humanos está directamente relacionada con una determinada visión de los tipos de desarrollo: él distingue el desarrollo «azul», esto es, crecimiento económico a través de una clase de empresarios que no están sometidos a control por el Estado; desarrollo «rojo», es decir, crecimiento económico controlado y de iniciativa de una burocracia estatal; y, como reacción a ambos tipos de desarrollo, un desarrollo «verde», que se basaría en la autonomía del poder local y en las virtudes de los circuitos económicos más pequeños. Así mirada, la tradición de los derechos humanos estaría en armonía con un desarrollo «azul/rojo», y lo estaría menos con un desarrollo basado en pequeñas unidades básicas y autónomas en las cuales pueden desarrollarse relaciones de solidaridad.

Aunque Galtung no niega el valor que pueda tener la actividad en favor de los derechos humanos en su sentido tradicional, sus críticas —que reflejan, según me parece, una cierta idealización del «tercer mundo»— en alguna medida «relativizan» el significado profundamente innovador y creador, revolucionario de la tradición de los derechos humanos en el marco del «mundo periférico». En este artículo nos proponemos mostrar que, en vez de sustituirse a la lucha emancipadora de los pueblos, convirtiendo «revoluciones en resoluciones», la tradición de los derechos humanos ha pasado a ser la sustancia de una cultura jurídica «alternativa» que impugna, desde la cúspide a la base, las estructuras de control social establecidas por los grupos hegemónicos *de cualquier color*. La tradición de los derechos humanos funciona como un arma formidable, no sólo contra la opresión y la

corrupción que se ejercen a partir de la cúpula del Estado, sino también contra las tiranías que operan en los «pequeños circuitos», por obra de la colisión entre intereses poderosos y las autoridades locales. La eficacia de esta cultura jurídica «alternativa» no está subordinada, como se verá en seguida, ni siquiera en el ámbito internacional, a un «macroenfoque» dependiente de las vicisitudes de los procedimientos y de la maquinaria institucional de las Naciones Unidas. Como se verá luego, la tradición de los derechos humanos ha consagrado la existencia de una normatividad cuyo carácter obligatorio no depende de la voluntad de los Estados. Lo específico de los países del «tercer mundo», que tanto excita la fantasía de los escritores, no contradice la universalidad de los derechos humanos.

No es efectivo que la palabra «fraternidad» tenga un sentido y alcance *diferentes* cuando se la «repite» desde el «tercer mundo», ni es verdad que exista un catálogo de derechos para los habitantes de los países industrializados y otro para los países en proceso de desarrollo. Por otra parte, como también se verá, la formulación contemporánea de los derechos humanos y el enriquecimiento de su teoría y su práctica, están íntimamente ligados a la reivindicación y a la lucha de los pueblos «periféricos».

II. RESPUESTA INTERNACIONAL A LAS QUEJAS INDIVIDUALES. TRATAMIENTO INSTITUCIONAL Y «TERCER SISTEMA»

1. LA DOCTRINA DE LA FALTA DE COMPETENCIA

Es sabido que, hasta el fin de la segunda guerra mundial, el Derecho internacional no se ocupaba de las personas como individuos. Como se partía del principio de que los sujetos del Derecho internacional eran los Estados, los individuos resultaban mediatizados y no podían aspirar a la protección internacional. La soberanía se traducía, en los hechos, en que los Estados podían determinar a discreción el tratamiento dispensado a los individuos sometidos a su autoridad.

El desamparo frente a la máquina de terror del sistema totalitario, que abarcaba desde la supresión de los derechos de la persona hasta las formas más crueles de eliminación física (de que ha pasado a ser un símbolo el campo de exterminio de Auschwitz), motivó la esperan-

(4) *Ibidem*, p. 121.

za de que la Organización de las Naciones Unidas, surgida como respuesta al trauma del fascismo y de la guerra, estableciera nuevos principios y nuevas instancias para preservar la paz y tutelar los derechos del hombre. Esta esperanza fue destacada, en el año 1949, por el secretario general de la ONU en un importante documento destinado a la Asamblea General, en que advertía a la Organización que, si las quejas individuales por violación a los derechos humanos no eran consideradas, ello produciría desaliento en quienes habían depositado su fe en las Naciones Unidas y crearía un clima de desconfianza con respecto a la efectividad de su misión (5).

Con todo, aunque desde un primer momento centenares de personas y de organizaciones formularon reclamos ante las Naciones Unidas por hechos constitutivos de violación de los derechos humanos, el Consejo Económico y Social, ya en 1947, aprobó la declaración según la cual la Comisión de Derechos Humanos «no está facultada para tomar ninguna medida respecto de las reclamaciones relativas a los derechos del hombre» (6). Esa doctrina de falta de competencia (*no power to take any action*), que con razón ha sido caracterizada como una actitud de abdicación de las posibilidades de acción de las Naciones Unidas en materia de protección de los derechos humanos (7), se mantuvo casi un cuarto de siglo. Las denuncias de los asesinatos por motivos políticos, de las torturas y malos tratamientos, de las prisiones arbitrarias y otras violaciones de los derechos humanos no fueron atendidas por la Organización internacional. Como alguien dijo, tales denuncias fueron a parar durante todo ese tiempo al «canasto de papeles más sofisticado del mundo». Esa pasividad frente a las quejas individuales no se basaba en consideraciones de carácter procesal, sino claramente en el temor de los Estados miembros de dar lugar a intromisiones en asuntos estimados de su soberanía (8).

(5) Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/165.

(6) Resolución del ECOSOC 75(V), de 5 de agosto de 1947. Sobre la historia de la doctrina de la falta de competencia, puede consultarse, por ejemplo, JAKOB TH. MÖLLER, *Petitioning the United Nations*, Universal Human Rights, vol. I, núm. 4, Oct.-Dec. 1979, pp. 57 y ss.

(7) Cfr. HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Londres, 1950, p. 247.

(8) Ya en el mismo año en que se adoptó la resolución 75(V) del ECOSOC se formularon las primeras objeciones. Sir Hersch Lauterpacht mostraba, ya entonces, que la Comisión podía tomar medidas que constituían formas de *acción* distintas de la *intervención* en su sentido técnico. De este modo citaba: recomendaciones generales producto de una queja o de un conjunto de quejas; recomendaciones específicas dirigidas a Estados determinados; investigaciones en el terreno con la cooperación del Estado afectado; investigaciones fuera del territorio del Estado afectado, sin su cooperación; elaboración de estudios y otras iniciativas

2. EL «PROCEDIMIENTO 1503». POLÍTICA DE BLOQUES Y DOBLE «STANDARD»

Los primeros signos de abandono de la actitud de abdicación por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se produjeron a finales de los años 60, en el marco del ingreso a la Organización de un gran número de países del «tercer mundo», como consecuencia del proceso de descolonización. Con ello se crearon condiciones objetivas para combatir, utilizando canales de las Naciones Unidas, las políticas de discriminación racial y de *apartheid*. Para sortear las objeciones basadas en el criterio de la soberanía, se definió una categoría especial de violaciones de los derechos humanos que exigía la actuación urgente de la Organización Internacional. Por la vía de esa noción nueva, se hizo posible reconocer un tipo de violaciones denunciadas por individuos particulares que quedaban bajo la competencia de las Naciones Unidas y no podían ser sustraídas de ésta mediante la invocación de la cláusula de la jurisdicción interna (art. 2.º, núm. 7, de la Carta). Se trata de aquellas denuncias *que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*. Tal es el objeto de la resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC, de 27 de mayo de 1970 (9).

similares. Cfr. *The International Protection of Human Rights, Recueil des Cours*, La Haya, 1947, t. I, pp. 62 y ss. Los inconvenientes de una eventual utilización política de esos mecanismos, al servicio de los intereses de determinados Estados, no debían conducir a la renuncia de toda acción, sino a la adopción de los resguardos debidos dentro del sistema de las Naciones Unidas. Cfr. L. B. SOHN y T. BUERGENTHAL, *International Protection of Human Rights*, Nueva York, 1973, pp. 213 y ss. Véase también DAVID RUZIE, *Du Droit de Pétition Individuelle en Matière de Droits de l'Homme. A propos de la Résolution 1503 (XLVIII) du Conseil Economique et Social des Nations Unies*, «Revue des Droits de l'Homme», vols. IV-I, p. 91; THEO C. VAN BOVEN, *United Nations and Human Rights: a critical appraisal*, en *U. N. Law, Fundamental Rights, Two Topics in International Law*, ed. A. Cassese, Alphen aan den Rijn, 1979.

(9) Sobre la historia de este procedimiento, puede verse, MÖLLER, *ob. cit.* Vid., asimismo, MEIKE NOLL-WAGENFELD, *Aktionsmöglichkeiten der Vereinten Nationen bei Menschenrechtsverletzungen*, «Zeitschrift für die Vereinten Nationen», 6/77, Bonn, RFA; JEAN BERNARD MARIE, *La Commission des Droits de l'Homme de l'O.N.U.*, ed. Pedone, París, 1975, pp. 258 y ss.; M. E. TARDU y T. E. MC CARTHY, *Procedure for complaints of gross violations of Human Rights, under resolution 1503 (XLVIII) of the United Nations Economic and Social Council*, en M. E. TARDU, *Human Rights. The International Petition System*, Oceana Publisher, 1981, primera parte, II, pp. 22 y ss.; THERESA D. GONZÁLEZ, *The Political Sources of Procedural debates in the United Nations: Structural impediments to implementation of Human Rights*, *University Journal of International Law and Politics*, Nueva York, 1981, vol. 13, núm. 3, pp. 427-428; HARRIS O. SCHÖENBERG, *The implementation of Human Rights by the United Nations*, «Israel yearbook on Human Rights», 22, 1977, pp. 32 y ss. Cfr. también otros autores citados en nota 8. Puede consultarse, así-

No corresponde hacer aquí la exégesis de este procedimiento (10). Concebido, no para tratar de las quejas individuales en cuanto tales, sino para inferir de ellas la existencia de una situación en que tengan lugar de manera sistemática graves violaciones de los derechos humanos, él presupone el paso de las quejas a través de sucesivos Grupos de Trabajo, de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías y de la propia Comisión de Derechos Humanos, instancias que cumplen el papel de filtros. Las discusiones de los casos y las decisiones tienen lugar en forma reservada. El procedimiento puede culminar en una recomendación al Consejo Económico y Social.

Si se juzgara sólo por el ínfimo número de casos que han llegado a convertirse en recomendaciones, habría que convenir en que el «procedimiento 1503» dista mucho de ser eficaz. Las críticas que a este respecto se formulan son por supuesto fundadas. Baste hacer presente que, *diez años después de establecido el procedimiento*, y mientras miles de personas y diversas organizaciones formulaban quejas por violaciones flagrantes y graves de los derechos humanos cometidas en numerosos países, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas lograba por primera vez adoptar una resolución, concerniente en este caso a persecuciones y discriminaciones en contra de los Testigos de Jehová, entre 1972 y 1975, en Malawi. Esto significa que la resolución, concerniente a un país considerado, al parecer, poco importante desde la perspectiva de los bloques políticos, se producía *tres años* después que la situación llegó a conocimiento de la Comisión y *ocho años* después que los hechos denunciados comenzaron a producirse. Es evidente que este penoso resultado no debe atribuirse a la engorrosa maquinaria burocrática sino a razones estructurales que reflejan la complicada tensión de intereses que gobierna las actuaciones de las Naciones Unidas, particularmente en sus órganos políticos. La política de bloques conduce a cohonestar determinados hechos violatorios de los derechos humanos en ciertos contextos y a desatascarlos desproporcionadamente en otros (doble *standard*).

mismo, el documento oficial, *United Nations Actions in the Field of Human Rights*, United Nations Publication, documento ST/HR/2/Rev. 1/1980, pp. 334-335.

(Esta bibliografía, que se menciona con carácter ilustrativo, no incluye, a mi pesar, obras en castellano a las que tengo escasamente acceso en mi lugar de trabajo.)

(10) No aludo en el texto al procedimiento del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, entrado en vigor el 3-III-76, que sólo rige para los países que han aceptado la competencia del Comité respectivo.

¿Cómo explicarse a la luz de las pocas resoluciones adoptadas a partir desde 1970, en el marco de este procedimiento, que él se siga considerando por algunos como «el más importante avance» dentro del sistema de medidas de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos? Se arguye que ese procedimiento al menos permite el debate internacional y el enjuiciamiento de las más notorias violaciones de los derechos humanos, en cualquier lugar del mundo en que ocurran (11). Es importante, claro está, que se haya reconocido un papel autónomo a las víctimas de las violaciones, a los grupos de individuos y, sobre todo, a las organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, para que de manera independiente de los Estados formulen denuncias y aporten pruebas sobre las violaciones. Los que han participado en organizaciones no gubernamentales, particularmente en aquellas de *status* reconocido por las Naciones Unidas, han podido verificar el efecto movilizador que tiene la existencia de procedimientos que entreguen la oportunidad a los agraviados para que reclamen protección a través de la ONU. Esto da lugar a un diálogo entre los funcionarios de las Naciones Unidas y las organizaciones que representan a las víctimas, lo que ha favorecido el desarrollo de estructuras especializadas en el seno de las organizaciones humanitarias para la pesquisa de los hechos y la formulación de las denuncias. En ese plano, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales han cumplido una importante labor de difusión para explicar el modo de hacer llegar las quejas a las Naciones Unidas. A la vez, ellas han robustecido, así, su propia acción que ha pasado de la simple promoción a la defensa activa de los derechos humanos. Dentro de ese contexto, la participación de las organizaciones no gubernamentales ha logrado conquistar una posición esencial dentro del procedimiento de protección de las Naciones Unidas y cualquiera evolución de ese sistema no podrá prescindir del concurso de ellas.

3. EL «TERCER SISTEMA»

La actividad de las organizaciones no gubernamentales reconocidas por las Naciones Unidas y de los variados organismos de solidaridad en el interior de los países en que se perpetran violaciones sistemáticas ha dado lugar a la acumulación de una experiencia muy rica en el ámbito jurídico. Ella ha servido para hacer crecer y para profundizar un derecho «alternativo» que opera paralelamente a la normati-

(11) E. LUARD, *Foreword: The International Protection of Human Rights. Thirty Years after the Universal Declaration*, ed. B. G. Ramcharan, Martinus Nijhoff, 1979, p. XIII.

dad oficial de los Estados. Por otra parte, la ausencia de debate público sobre las denuncias, durante el complicado curso del procedimiento, no obsta a que los gobiernos afectados se sientan inquietos, en mayor o menor medida, por esa forma de enjuiciamiento internacional. Al fin y al cabo, el debate reservado tiene como protagonistas a representantes de muchos Estados, que toman conocimiento así de lo que acontece en el país a que se refieren las quejas. A ello hay que agregar que, desde 1978, se da a conocer en sesión pública de la Comisión el nombre de los países a cuyo respecto se ha tomado una decisión en el marco de la resolución 1503.

Mirado, pues, desde la perspectiva de los países sometidos a regímenes autoritarios, el hecho de que existan canales para reclamar la vigencia de los derechos del hombre y su protección internacional tiene una innegable resonancia política y jurídica con independencia de la falta de eficacia del procedimiento en cuanto tal. En otros términos, la tradición de los derechos humanos no debe ser vista desde el «macroenfoque» de lo que resulta dentro del aparato institucional y «jurisdiccional» de la ONU, donde se supone que debería operar. Como apunta Theo van Boven, ex director de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el «procedimiento 1503» se ha convertido en una decepción no tanto por el intrincado procedimiento, sino porque «los intereses políticos prevalecen sobre la protección de los derechos humanos» (12). Añade: «El problema fundamental de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos es que la Organización y sus miembros, sobre la base de la Carta, se obligan a promover y amparar los derechos humanos, pero a la vez los Estados miembros, en muchos casos, no son los protectores sino los opresores y los violadores de los derechos humanos» (13). En efecto, los propios autores de las violaciones, desde la posición que ocupan como miembros de la organización, están en condiciones de exigir respeto a su condición de Estados soberanos. Una suerte de norma no escrita determina que las resoluciones y actuaciones de las Naciones Unidas difícilmente atribuyan a los gobiernos la perpetración de esas violaciones. A través de un lenguaje cortés se sugiere que se trata de desbordes y se insta a los gobiernos a ponerles término. Con frecuencia las resolu-

(12) THEO C. VAN BOVEN, *Internationale instrumenten en procedures ter bevordering en bescherming van de Rechten van de Mens*, en *Rechten van de Mens in Mundaal en Europees perspectief*, Ars Aequi Libri-Rechten van de Mens 1, Utrecht, 1980, p. 53. Comprueba esta afirmación el hecho de que el propio Prof. van Boven haya sido removido de su cargo, precisamente por negarse a admitir compromisos políticos para decidir la procedencia de investigar en casos determinados.

(13) *Ibidem*, pp. 54-55.

ciones lamentan la *falta de cooperación* de los gobiernos en la pesquisa de los hechos; sólo por excepción se les condena como los autores directos.

En todos los casos se parte de la base de que los gobiernos existentes son los representantes jurídicos de esos pueblos. De esta manera se llega a la «anomalía moral» de que muchas veces regímenes que pueden ser caracterizados como criminales (14) y sus aliados en la Organización Internacional emiten pronunciamientos sobre lo que es derecho y lo que es injusto. Es más: los líderes de esos regímenes son recibidos en la ONU con todas las dignidades correspondientes a los jefes de Estado, resultando así legitimados y la autoridad moral de las Naciones Unidas dañada.

La existencia del llamado doble *standard* para juzgar hechos similares con criterios distintos, según las conveniencias políticas, provoca desaliento y hasta ha hecho surgir dudas sobre la conveniencia de mantener a las Naciones Unidas como foro o instrumento de promoción y tutela de los derechos humanos. Es efectivo que la existencia de una doble moral contribuye a legitimar regímenes y prácticas que se fundan en la violación sistemática de los derechos de la persona. En ese sentido podría parecer adecuado, en alguna medida, el parangón con la legitimación que resulta de los pronunciamientos o inactividad de los tribunales de justicia que, en los respectivos países, consagran la impunidad de los responsables de las violaciones. Sin embargo, de la misma manera que, como veremos luego, la actitud de los jueces no ha llevado a las víctimas ni a las organizaciones humanitarias a dejar de golpear las puertas de los tribunales formulando denuncias y reclamando amparo, los canales de las Naciones Unidas siguen siendo utilizados como un foro privilegiado para llamar la atención y provocar asistencia en el ámbito internacional, a la vez que para obtener que la ONU haga explícito un sistema de normas que puedan invocarse por los individuos como fundamento de sus quejas contra los gobiernos. Tales normas no son, en rigor, sino la concreción, con las solemnidades de la ley escrita, de derechos y valores jurídicos inherentes al reconocimiento de la dignidad inalienable del ser humano. Karl Jaspers postulaba, en 1961, que los tribunales que crearan las Naciones Unidas para juzgar la violación de los derechos hu-

(14) Sobre el concepto de «Estado Criminal», ver KARL JASPERS, *Wohin treib die Bundesrepublik?*, Piper, Munich, 1966.

manos deberían basarse en el derecho natural (15). El trauma de Auschwitz tiene, en un sentido sustancial, mucha mayor importancia para la reintroducción en el discurso jurídico de una «moralidad irreductible», pero la existencia de documentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, revisten una eficacia sin precedentes por su incorporación a la normatividad *reconocida* por jueces y juristas.

De todo lo anterior se sigue que la crítica a la parcialidad, al doble *standard* y a la manipulación política de los derechos humanos en el seno de la Organización no debe llevar a impugnar la utilización de las Naciones Unidas como escenario de actividades dirigidas a la tutela de esos derechos. Pero tal actividad no transforma a la ONU en la fuente, ni mucho menos en el centro de desarrollo de la tradición de los derechos humanos, como correspondería según un «macroenfoque».

En una conferencia pronunciada en Amsterdam, en homenaje a Helder Cámara, en 1984, propuso Van Bover un distingo, que se sigue aquí, entre tres sistemas internacionales. El primero (que correspondería al «macroenfoque») es el sistema político de los gobiernos. Paralelamente transcurre un «segundo sistema» compuesto por la red económica internacional de las empresas transnacionales. Las relaciones entre ambos sistemas son bastante evidentes y representan fuerzas principalmente políticas, económicas y militares, que tienen en vista y sirven intereses ajenos a los derechos de las personas y de los pueblos (16). Entiende Van Boven por «tercer sistema»: «las organizaciones y movimientos que abogan por la justicia y la liberación y que —como señaló Dom Helder Cámara, en su discurso de 21 de octubre de 1980 (17)— trabajan por la gente entre la gente». Se trata de organizaciones, movimientos y grupos que se inspiran en los ideales de paz, justicia y liberación y que para ello hacen uso también de principios y de normas formulados nacional e internacionalmente. El movimiento de derechos humanos del «tercer sistema» no tiene la pretensión de sustituirse a los otros dos sistemas, pero debe repre-

(15) HANNAH ARENDT-KARL JASPERS, *Briefwechsel 1926-1969*, Piper, Munich, 1985, p. 461.

(16) TH. C. VAN BOVEN, *Opdat mensen tot hun recht komen*. Dom Helder Camara-Lezing, gehouden op 30 mei 1984 aan de Vrij Universiteit te Amsterdam, VU Uitgeverij, 1984, p. 11.

(17) Se alude en el texto a un discurso pronunciado por Helder Cámara en esa fecha, en la Universidad Libre de Amsterdam.

sentar un desafío constante para los poderosos y tratar, cuando sea necesario, de llamarlos a rendir cuentas. El «tercer sistema» no debe concentrarse «en abstracciones políticas o ideológicas», como a menudo sucede «cuando los derechos de la persona se manejan exclusivamente como arma política, sino que debe concentrarse en las personas en las situaciones concretas en que se encuentren» (18). Si bien el «tercer sistema» no puede asumir la fisonomía de una estructura, que de alguna manera se presente como una Organización Internacional alternativa a las Naciones Unidas, debe usar los canales de ésta para hacer llegar las peticiones y quejas, haciendo un uso intenso de las posibilidades que de ella derivan para las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas. A la vez son de gran importancia los canales recíprocos en el interior del «tercer sistema», de manera de impedir, mediante la información y el contacto, el riesgo de aislamiento de las víctimas. Los ejemplos de Van Boven incluyen a instituciones que actúan internacionalmente, como Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas, el Consejo Mundial de Iglesias, las organizaciones internacionales de los sindicatos, Pax Christi Internacional, etc., pero también a las organizaciones y los movimientos nacionales tales como el Instituto de Ayuda Jurídica, en Indonesia; las Madres y las Abuelas «locas» de la Plaza de Mayo, en Argentina; las Comisiones Justicia y Paz, en Uruguay y en Guatemala; la Vicaría de la Solidaridad y la Comisión de Derechos Humanos, en Chile; el Movimiento de Solidaridad, en Polonia; «Carta 77» en Checoslovaquia; los Grupos Helsinki y muchos otros. A través de ellos opera la correa de transmisión entre las víctimas y la solidaridad internacional.

La experiencia en pro de la actividad de los derechos humanos en América Latina, en que, como anotaba Helder Cámara, los activistas trabajan en el seno de las personas afectadas por las violaciones de dichos derechos, ha mostrado también, según me parece, que no es posible escindir las reivindicaciones en el plano de los derechos civiles y políticos de aquellas propias de los derechos económicos, sociales y culturales. El llamado «nuevo autoritarismo» en América Latina (19) ha surgido, precisamente, por la existencia de una crisis política que pone en peligro constante las estructuras sociales injustas de

(18) VAN BOVEN, *Ibid.*, pp. 12 y ss.

(19) Sobre el concepto y las características del nuevo autoritarismo en América Latina, véase EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika*, Argentinien, Uruguay und Chile, 1970-1980, Verlag Klaus Dieter Vervuert-Frankfurt, 1985.

esos países. La heterogeneidad social propia del capitalismo dependiente conduce a una heterogeneidad política que hace muy difícil a los grupos hegemónicos el aseguramiento de sus privilegios de una manera no violenta. Consecuencias directas de la crisis política son la concentración de la violencia estatal en el poder ejecutivo, en perjuicio de los órganos de representación popular y del parlamento, la confusión orgánica de los tres poderes en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, policía y justicia), la reducción de las libertades públicas y de la función de los partidos políticos, y el aumento del ejercicio de la violencia estatal y de las técnicas de control social que, en algunos casos, alcanzan las formas de terror de Estado. Estas experiencias han quitado todo prestigio a los discursos que pretenden reducir los derechos civiles y políticos a la categoría de «libertades burguesas», supuestamente desdeñables frente a la prioridad de las reivindicaciones de tipo económico y social. Difícilmente será posible en el futuro legitimar en la conciencia de los pueblos de América Latina la supresión de las libertades públicas y de los derechos de la persona con el pretexto de servir al progreso social y a la emancipación económica. Sería erróneo, por lo dicho, «reducir» la dimensión de los derechos humanos según el grado de desarrollo económico de los países. Tampoco es admisible una limitación de ella al solo nivel institucional. Como fuente de inspiración y enriquecimiento de la tradición de los derechos humanos, no sólo en el plano de ideales y principios, sino también en el plano normativo y de la práctica forense, hay que mirar más bien hacia una cultura jurídica que, en lucha con la hegemonía del poder autoritario, se nutre de la experiencia diaria del «tercer sistema» para afirmar y preservar la dignidad humana en todos sus aspectos.

III. VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA.

RESPUESTA EN EL AMBITO NACIONAL

1. EL CONTROL DE LA CRISIS POLÍTICA POR VÍA DEL AUTORITARISMO

Cualquier reflexión relativa a los derechos humanos, a la luz de la realidad de América Latina, debe reconocer la diversidad en el desarrollo y en la tradición política y cultural de cada uno de esos países. Pero tal diversidad no obsta a una cierta homogeneidad en la disposición represiva del poder y en la fragilidad del respeto a los derechos

del individuo. Los saltos cíclicos en la forma del régimen institucional hacen cambiar la fisonomía de ellos en períodos relativamente breves. Hace muy poco, la mayoría de los países de América Latina se regían por dictaduras militares, inspiradas en la doctrina de la seguridad nacional. Más recientemente ha operado en algunos de ellos un traspaso de poder a la autoridad civil. En ciertos casos se trata de un proceso de clara restauración democrática; en otros, el traspaso opera de manera parcial, casi experimental, conservando las fuerzas armadas sectores decisivos del poder o la totalidad de él, como acontece en aquellos países en que a las personalidades civiles se les asigna una función principalmente ceremonial. Observa García Méndez que la subsistencia de factores estructurales conducirá a una inestabilidad permanente de la democracia, favoreciendo el retorno al autoritarismo (20). En rigor, si se prescinde de criterios formales, hay que convenir en que en muchos países latinoamericanos el poder se ejerce esencialmente a través del aparato militar-policial, que penetra toda la estructura burocrática civil, y que, bajo la influencia de la noción de guerra interna y al amparo de la «institucionalización» del estado de emergencia como situación permanente, determina quién y cuándo debe ser arrestado, por cuánto tiempo, con qué métodos debe ser interrogado, si llegará vivo a alguna instancia judicial o si se le hará desaparecer. Puede ocurrir en determinados períodos que el número de acciones represivas y el número de víctimas decrezcan, pero subsisten la disposición represiva y el engranaje que se pondrá en acción cada vez que aparezcan amenazadas las bases de estabilidad del régimen y su capacidad para controlar la crisis. Estos rasgos comunes a la mayoría de los países de Latinoamérica, que se explican por las estructuras económico-sociales inherentes a un «capitalismo tardío», influyen directamente en la posición de los derechos humanos. El régimen a que ellos están sometidos está íntimamente vinculado en esos países a estructuras de poder y a estrategias que se fundan en la concepción de «control de crisis» y que están dispuestas por eso a la utilización de métodos extremos de represión.

(20) GARCÍA MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 220. Sobre las relaciones entre diferenciación social, sistema político y represión penal, véase también ROBERTO BERGALLI, *La contraddizione tra il sistema democratico futuro e l'attuale legislazione penitenziari nella Repubblica Argentina*, en «La Questione Criminale», Anno VI, n. 1, 1980, pp. 117-128 (pp. 118 y 119).

2. AUTORITARISMO Y «JURIDICIDAD» DE LA POLÍTICA. PAPEL LEGITIMADOR DE LOS JUECES Y JURISTAS

Una particularidad del autoritarismo en América Latina (también llamado «nuevo autoritarismo») es su predilección por las formas jurídicas. Como ha sido destacado por algunos escritores, la ausencia de una hegemonía ideológica de parte de los grupos que ejercen el poder se suple por la extraordinaria importancia acordada a la producción de normas jurídicas para legitimar la violencia estatal (21). La copiosa acumulación de textos legales y de actividad jurídica, confiada a los tribunales, a la burocracia y a las cátedras de Derecho, determinan la paradoja de que la violación sistemática de los derechos humanos vaya acompañada de una intensa preocupación por «juridizar» la política.

Si la abundancia y refinamiento de las formas jurídicas llaman la atención en esa clase de regímenes, no es nada novedoso, en cambio, el hecho en sí mismo de que ellos acudan a la actividad de los juristas para legitimarse. Junto al déspota que manda, observaba, ya en 1836, Alexis de Tocqueville, hay casi siempre un perito en Derecho que justifica «legalmente» los actos arbitrarios. «Quien sólo piensa en el príncipe —escribía— y no en el jurista, conoce sólo un lado de la tiranía» (22). Es adecuada la comparación entre las acciones represivas directas —sea que se pongan las manos sobre la víctima o que, en un nivel más alto del aparato baste a los hechores apretar un botón, hacer una llamada telefónica o firmar un papel— y las acciones complementarias de *legitimación*, confiadas a la ideología jurídica y a los fallos de los tribunales. La experiencia enseña que las *élites* jurídicas encargadas de esta segunda misión suelen ser escasamente afectadas por la restauración democrática (Günter Spendel, entre otros, se ha referido en sus escritos a la «escasa disposición» de los tribunales alemanes para «perseguir los crímenes de la justicia» cometidos bajo el nazismo) (23). A veces acontece que magistrados y juristas colaboran con las dictaduras por un compromiso militante (24). Es bien sabido, sin embargo, que no todos los juristas y magistrados que asu-

(21) NORBERT LECHNER, *La Crisis del Estado en América Latina*, El Cid, Caracas, 1977, p. 145. Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, *ob. cit.*, p. 211.

(22) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Etat Social et politique de la France avant et depuis 1879*, Oeuvres Complètes, t. II, Gallimard, París, 1952, p. 58.

(23) GÜNTER SPENDEL, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Sechs strafrechtliche Studien, de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984, p. 15.

(24) Cfr. SERGIO POLITOFF, *Rechtlers in militaire dictaturen*, «Nederlands Juristenblad», 13, jaargang 59, 1984, pp. 377 y ss.; *Autoritarisme en Rechtsgevoel*, ARS AEQUI, jaargang 35-2, 1986, pp. 104 y ss.; *Adecuación Social y Terror en América*

men un papel legitimador de los regímenes autoritarios lo hacen con entusiasmo. En esto existen, por supuesto, variados matices y diferencias entre los países y entre los jueces de un mismo país. Una exigencia rigurosa a todos los jueces y juristas de que opten por la renuncia al cargo o por el exilio estaría en contradicción con la experiencia. Quienes lo hacen merecen respeto precisamente porque sacrifican más de lo que les es exigible. Lo «normal» es que jueces y juristas sigan actuando sobre la base de un derecho positivo que se mantiene, en su mayor parte, inalterado. El que observe el comportamiento de los tribunales y lea la jurisprudencia de los países en que existen dictaduras militares pudiera formarse la impresión de que nada ha cambiado en la vida forense. Mientras los conflictos que deben abordarse se mantengan en la «zona de indiferencia», esto es, en todo aquello en que el sistema no aparezca especialmente comprometido o interesado —lo que Fraenkel llama «Estado Normativo», como parte de un «Estado Dual», en que también existe un sector «discrecional o arbitrario» (25)— el juez no parece hallar dificultades especiales y el intérprete de la ley sigue haciendo la exégesis de los artículos, como si nada pasara. Pero la «complicación» surge, precisamente, en el nivel del «Estado Discrecional o Arbitrario», como parte del «Estado Dual», porque al juez le correspondería la responsabilidad ética y jurídica de tutelar los derechos de las personas y, en esos regímenes, las personas consideradas enemigas carecen de todo derecho. Por otra parte, ya se sabe que en tales regímenes la ley no es obligatoria para los agentes de la autoridad.

Más que por lo que dicen o hacen, las dictaduras aprecian el papel legitimador que resulta de lo que los tribunales no dicen ni hacen y que, por corresponder a su órbita de atribuciones, significa la afirmación de un estado de normalidad. A las dictaduras les interesa más la perversión de la justicia y del procedimiento que las alteraciones de la ley material. Ante la imposibilidad de «cambiar la totalidad del cuerpo legal en forma de favorecer a sus partidarios en todos los casos», lo que trae consigo no pocas dificultades técnicas (26), prefieren

Latina, el papel de la justicia, «Derecho Penal y Criminología», Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, vol. VII, núm. 22, 1984.

(25) ERNST FRAENKEL, *The Dual State. A contribution to the theory of Dictatorship*, Oxford University, Nueva York, 1941.

(26) H. O. PAPPE, *On the validity of Judicial Decisions in The Nazi Era*, en «Modern Law Review», vol. 23, 1960, p. 271. Véase también, sobre la autoridad de los jueces en estos regímenes, VAN BOVEN, *Opdat mensen tot hun recht komen*, cit., pp. 7 y ss.

manejar arbitrariamente, caso por caso, las distintas situaciones. La consagración de la completa impunidad de las acciones de terror estatal significa, dentro de la lógica del sistema, que esos crímenes no existen.

3. «LEGALIDAD» ANTIJURÍDICA Y DERECHO SUPRALEGAL:
EL DERECHO NATURAL CONCRETO

La dimensión esquizofrénica del sistema jurídico bajo los regímenes autoritarios se caracteriza, por una parte, por el contraste entre «leyes» antijurídicas y derecho supralegal; por otra parte, también, por la extensa contradicción entre realidad y apariencia, ya que no toda la antijuridicidad está expresada en las leyes especiales (por supuesto que ninguna «ley» faculta a la policía secreta para llevar a sus víctimas a las casas de torturas o para hacerlas desaparecer). A la contradicción entre realidad y apariencia hay que referir, pues, un tipo de represión que oficialmente no existe, respecto de la cual el papel legitimador de la justicia reviste gran eficacia.

El primer asunto nos conduce a preguntas de un debate bien conocido: ¿Es que existe un derecho supralegal? ¿Tiene el derecho un núcleo de *moralidad interna*, sin el cual las leyes pierden su carácter obligatorio y los jueces tienen el deber de —como dice L. Fuller— *not to enforce them?* (27). ¿O, en cambio, como pretende Kelsen, «a ningún derecho positivo puede negársele validez por el contenido de sus normas»? (28).

En el pasado se hicieron declaraciones en que se expresaba la disposición a pagar cualquier precio por la seguridad jurídica. Algunos meses antes de la toma del poder por los nazis en Alemania, escribía todavía Gustav Radbruch: «Aunque (el juez), porque la ley así lo quiere, cese de servir a la Justicia, sigue sirviendo a la seguridad jurídica. Despreciamos al párroco que predica contra su convicción, pero respetamos al juez que en su lealtad a la ley no se deja confundir por el conflicto con su sentido de la Justicia» (29). Antes había negado la existencia de otro derecho que no fuera el derecho positivo establecido por la ley (30). En forma más ruda, caracterizaba Holmes —el más

(27) LON F. FULLER, *The morality of Law*, New Haven, 1969.

(28) HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., 1960, p. 224.

(29) GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3 Aufl., 1932, pp. 83 y 84.

(30) GUSTAV RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7/8 Aufl., 1929, p. 33. Cfr. GÜNTER SPENDEL, *op. cit.*, p. 21.

destacado representante del «realismo jurídico»— del siguiente modo su función de juez: «Si mis conciudadanos quieren irse al infierno, yo los ayudaré. Es mi trabajo» (31).

Cuando al término de la guerra hubo quienes llegaron a sostener la «validez legal» de decisiones nefandas del régimen nazi (incluyendo la orden de Hitler sobre exterminio de los judíos y de otras vidas humanas estimadas sin valor) (32), para lo cual se invocó la conformidad con todas las exigencias de la técnica legal de la época, resultó evidente que la pedantería de la discusión formal no podía suplir el asunto de fondo: la existencia de criterios materiales de justicia y de moralidad, supralegales y aun preestatales, que condicionan la validez de las leyes. La violación de la dignidad y de los derechos fundamentales del hombre no se vuelve derecho por aparecer revestida de formas legales. La cuestión no puede zanjarse, como propuso Kelsen, al defenderse contra sus impugnadores, mediante una «división del trabajo» entre un derecho ciego desde el punto de vista de los valores, «objeto de las ciencias jurídicas» y una filosofía del derecho o una política del derecho que se hagan cargo de los diversos ideales de justicia (33). Al fin y al cabo, lo que se plantea a los jueces y a los que ejercen el ministerio público son decisiones sobre el «ser» del derecho: precisamente de lo que se trata es de quitar a los jueces y otras personas que ejercen funciones relacionadas con la administración de justicia la coartada de la «vigencia», desde el punto de vista del derecho positivo, de la ley materialmente injusta. Como escribió Radbruch, una vez que la vivencia del terror de Estado lo desengañó de la ilusión positivista: los jueces no pueden estar tan «deformados» como para no reconocer otro derecho que el fijado en la ley (34).

(31) *Holmes-Lasky Letters; The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold Lasky 1916-1935*, ed. Mark De Wolfe Howe, Cambridge, Mass., 1953, vol. 1, p. 249.

(32) Véase SERGIO POLITOFF, *Descriminalización y Tutela Jurídica*, en «Derecho Penal y Criminología», Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, vol. VIII, núms. 27-28, 1985/86, pp. 303 y ss. También publicado en «Dei Delitti e delle pene», 2, 1986, pp. 215-231 (pp. 216-220).

(33) HANS KELSEN, *Wat ist juristischer Positivismus*, en «Juristenzeitung», 1965, pp. 465-469 (p. 468). Cfr. ARTHUR KAUFMANN/WINFRIED HASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Athenäum Verlag, Frankfurt/M, 1971, p. 49.

(34) GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en 1946, en *Rechtsphilosophie*, 4 Aufl., K. F. Koenler Verlag, Stuttgart, 1950, p. 356; vid., asimismo, FRITZ BAUER, *Das gesetzliche Unrecht des Nazionalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, en *Gedachtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gottingen, 1968, pp. 303 y ss.

Parece abrirse paso el reconocimiento de un «derecho natural concreto» que ha superado, por una parte, «la ingenuidad epistemológica del tradicional pensamiento jusnaturalista abstracto suprahistórico» y que, por otra parte, sigue defendiendo frente al positivismo el carácter de lo «justo» y de lo materialmente «correcto» (35). Es sintomático que hasta un sector de la doctrina marxista ortodoxa termine por admitir la existencia de «derechos naturales inalienables del hombre»: «la teoría marxista de la conciencia jurídica, de los ideales jurídicos y de los derechos del hombre puede ser caracterizada como la teoría del derecho natural en su interpretación materialista» (36). Es sabido que también en la doctrina de la Iglesia católica se ha producido una «adhesión explícita a los derechos del hombre en su formulación contemporánea» (37).

Las tradicionales reservas que se formulan al derecho natural fundadas en los riesgos para la seguridad jurídica parecen poco convincentes cuando la hermenéutica jurídica tiene lugar en un régimen de terror estatal, por razones obvias. Con todo, sobre la base de casos reales sucedidos bajo el nazismo, Spindel (38) —colocándose en la situación inversa de aquellos que, en la búsqueda de un derecho natural derogatorio de la ley injusta, aplican una norma supralegal— ha planteado la hipótesis de la prevaricación de los jueces y funcionarios que, en un régimen dictatorial, llevados de un celo fanático por servir mejor al sistema autoritario, recurran a supuestas normas *supralegales* que les permitan aplicar penas o desconocer derechos de los opositores más allá de lo que expresa la propia ley de la dictadura. ¡Es claro que no todo lo «supralegal» es derecho natural! Tales decisiones «supralegales» estarían en contradicción con el derecho natural, que debe ser referido, precisamente, a la tradición de los derechos del individuo, como el más *concreto* fruto de una dolorosa experiencia histórica.

(35) WINFRIED HASSEMER, *Hermenéutica y Derecho*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 25/85, Corrientes y Problemas en Filosofía del Derecho, 1960-1985, Universidad de Granada, pp. 63-85 (p. 78).

(36) W. A. TUMANOW, *Bürgerliche Rechtsideologie*, Staatsverlag der DDR, Berlín 1975, p. 290.

(37) JEAN RIVERO, *Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», cit. en pp. 189-202 (p. 198); puede verse también NWACHUKWUIKE S. S. IWE, *The history and Contents of Human Rights*, Peter Lang, Nueva York, 1986, pp. 156 y ss.

(38) SPENDEL, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

Se sigue de lo anterior que también existe prevaricación de parte del juez o autoridad que aplica u ordena un injusto «legal» (o «supralegal»), el cual puede derivar de la violación de determinados principios, universalmente admitidos, de derecho suprapositivo y preestatal. A tales principios que integran un derecho natural concreto, deben referirse «los derechos naturales inalienables del hombre». Tanto da que a ellos se les atribuya como fundamento un argumento teológico, basado en la «inserción de los derechos del hombre en el plano divino» (39), que se los interprete a la luz de una teoría materialista de la historia (40) o que se los haga derivar, simplemente de la llamada *Regla de Oro*: «no hagas a otro lo que no quieres que hagan contigo», y que, como dice Spendel (41), constituye un principio *jurídico* que da al individuo una línea directriz de carácter general respecto de los demás individuos. Lo que importa es el consenso de que tales normas son obligatorias para jueces y autoridades y operan aun *contra legem* respecto de la legalidad oficial.

4. REALIDAD Y APARIENCIA. «RENACIMIENTO» DE UNA RETÓRICA JURÍDICA, HOY EN AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos advertido antes que el contraste entre derecho supralegal e injusto legal constituye sólo un aspecto del problema que afrontan jueces y funcionarios que, en las difíciles condiciones del régimen autoritario, se proponen salvar su honor mediante el amparo de los derechos humanos en las situaciones concretas sometidas a su decisión. El otro aspecto se refiere al conflicto entre realidad y apariencia, ya que gran parte de la represión se realiza en forma clandestina. Lo normal en las dictaduras latinoamericanas es el paralelismo entre una represión con formas legales y una represión que *oficialmente no existe*. Es más: el empeño por «juridizar» la política lleva muchas veces a esos regímenes a reconocer, por razones sistemáticas o propagandísticas, determinadas garantías y derechos que se niegan en la práctica. En tales casos, lo que se plantea a los magistrados no es ya la opción entre normas diferentes, sino el modo de resolver el caso conforme a la equidad, aunque para ello haya que cometer «fraude» respecto de la juridicidad aparente. Ha habido algunos casos —por

(39) JEAN RIVERO, *op. cit.*, p. 199.

(40) Véase, por ejemplo, ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 1961.

(41) GÜNTER SPENDEL, *Die Goldene Regel als Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Fritz von Hippel*, J. C. B. Mohr, P. Siebeck, Tübingen, 1967, pp. 491 y ss. (p. 516).

ejemplo, en Holanda, bajo la ocupación alemana, o más recientemente en Chile (42), en los meses que siguieron al golpe militar de 1973—de jueces que condenaron o mantuvieron en prisión a personas inocentes, con el solo propósito de protegerlas, para evitar que cayeran en manos de la policía secreta en cuyo poder corrían serio riesgo de ser torturadas y asesinadas. (En Chile, a lo menos en dos casos, el del abogado Carlos Berger, fusilado por orden de un jefe militar, cuando le restaban escasos días para cumplir la breve pena que le había sido impuesta, y el del ingeniero David Silbermann, extraído por la policía secreta del recinto penitenciario en que cumplía su condena, los muros de la prisión no fueron amparo suficiente.) En su libro *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, relata Calamandrei, entre otros casos, el de un muchacho procesado por expresiones injuriosas contra Mussolini. El juez se esforzó en la audiencia por sugerir al inculpado que alegara haber sido mal interpretado y que, en verdad, sus denuestos se referían a Churchill y a Stalin. En este caso el juez tomaba en serio la administración de justicia que, en las condiciones de la dictadura terrorista, sólo puede consistir en la defensa, en una u otra forma, de los derechos humanos. El discurso *literal* de su función, extraído del contexto de un régimen que comete crímenes, habría sido, en cambio, prestarse a la comedia de la legitimación. El juez puede hallarse impedido de exteriorizar el discurso implícito en todo el asunto. En el ejemplo de Calamandrei, no podía argumentar en el sentido de que el prestigio del Estado ha dejado de existir desde que se ha convertido en un Estado criminal, por lo que ha cesado de existir también el objeto de tutela penal. Semejante argumentación, que no le era exigible, tampoco habría sido convincente para el auditorio a que estaba destinado. Él optó por la vía indirecta del «fraude» a la ley antijurídica y eligió la retórica conveniente al caso.

Las diversas formas mediante las cuales un juez, que no hace traición a su función, procura excluirse de la legitimación de la violación de los derechos humanos pueden ser muy variadas y no corresponde describirlas aquí. En ciertos casos, cuando resulte imposible ayudar a la víctima, a lo menos que quede una huella de que el sistema está cometiendo una injusticia, una evidencia clara que suprima el efecto

(42) Vid. SERGIO POLITOFF, *Adecuación social y terror en América Latina*, cit., p. 77. En el libro en homenaje a Von Hippel, se incluye el artículo del profesor Wolfgang Preiser, ex juez que, bajo la ocupación de Holanda, utilizó el método descrito en el texto para tratar de salvar vidas que, de otro modo, habrían caído en manos de la Gestapo. Cfr. *Über die Verwicklung des Naturrecht in der Zeit der Gewaltherrschaft*, en *Festschrift für Fritz von Hippel*, J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, Tübinga, 1967.

legitimador. En los casos particulares de que conocen, los jueces deben colocarse, si es preciso, fuera del ámbito puramente normativo. El amparo de los derechos humanos supone la fantasía para elaborar una táctica y una retórica adecuadas para el caso. Las soluciones rara vez pueden ser encontradas en el «mundo sistemático» de las normas jurídicas, ya que corresponden a exigencias del «mundo de la vida». El concepto de «mundo de la vida» (Husserl, Habermas) no nos conduce, en el plano jurídico, a la dogmática de los textos, sino a los hechos en su realidad histórica. Esa realidad vital no tiene, en el contexto del régimen autoritario, mucho que ver con la «verdad» de los textos legales. El debate que se desarrolla ante la justicia, en las condiciones de una dictadura, supone un discurso explícito fundado en el derecho imaginario y un discurso implícito fundado en la realidad. El juez que falla en base al discurso explícito y al derecho imaginario cumple un papel ceremonial de legitimación del régimen. Él no ignora que en esas condiciones no se administra justicia *en serio*. De ahí que el juez o funcionario deba acudir, si se trata de proteger los derechos humanos, a una *retórica* que, como la antigua retórica, busca argumentos que «no necesitan ser verdaderos» pero sí necesitan ganar el convencimiento del auditorio (43). Lo que interesa es que los jueces consigan persuadir de la argumentación que favorezca a los derechos humanos, aunque ella no sea «verdadera» desde el punto de vista de la dogmática. La verdad material debe parecer también «verdad» en sentido jurídico.

El «mundo de la vida» sitúa a los juristas fuera del universo cerrado de la supuesta unidad del derecho. La defensa de los derechos humanos exige concebir el derecho con un criterio «politeísta», abierto, como substancia de una retórica jurídica que, al igual que la antigua retórica, «nos resulta más idealista y más realista a la vez» (44). ¿No decía Aristóteles, en su *Retórica*, que «si la ley escrita perjudica nuestro caso, abiertamente debemos acudir a la ley universal e insistir en su mayor equidad y justicia»? (45).

(43) Un examen en profundidad de la antigua retórica y de su alcance en la filosofía del derecho actual se contiene en: ERNESTO M. D. DE GUEREÑU (Deusto, Bilbao), *Das Wahre und das Wahrscheinliche in der Argumentation der antiken Rhetorik*, según el manuscrito, cedido por el autor y leído en el XII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (Atenas, 1985) y actualmente en vías de publicación en las Actas de dicho Congreso.

(44) *Ibidem*.

(45) Cfr. ARISTOTLE, *The art of rhetoric*, Loeb Classical Library, 1967. Cfr. también W. N. A. KLEVER, *Dialectisch syllogisme al structuur van juridisch denken*, en «Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie», jaargang 15, 1986, pp. 42 y ss.

