

Sociedad civil y derecho internacional de los derechos humanos en Argentina

YANINA GUTHMANN*

Perfiles Latinoamericanos 32
Julio-diciembre 2008

127

Resumen

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el ámbito local argentino y su impacto en este país, no pueden desligarse de la historia reciente: las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura (1976-1983). En este sentido, la sentencia de 2005 que anula las leyes llamadas de impunidad y que se basó en el DIDH representa una reorganización de la relación entre política y derecho y marca el rol esencial de la sociedad civil en el juego de diálogos y tensiones entre los poderes ejecutivo y judicial, y entre soberanía y didh. En el marco del reclamo permanente de justicia por parte de amplios sectores de la sociedad argentina, el papel de la “sociedad civil” es insustituible para comprender la transformación del valor normativo del derecho internacional y de los valores que son inherentes a su aplicación.

Abstract

In Argentina, the implementation in local tribunals and the impact of international human rights law (IHRL) cannot be separated from recent history that was tainted with massive crimes committed during the dictatorship period (1976-1983). The annulment of the so-called Impunity Laws Sentence, based in IHRL, represents a reorganization of the connection between politics and law, and highlights the role of civil society in the interaction between the executive and the judicial powers, between sovereignty and international law. Since claims for justice kept arising from large sectors of the Argentinean society, the role of civil society is essential for understanding the transformation and increase of the IHRL's normative value in Argentinean Higher Courts.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, ONG de derechos humanos, *expertise*, impunidad, derecho, política.

Key words: international human rights law, human right's NGO, expertise, impunity, law, politics.

* Licenciada en Filosofía y Sociología por Panthéon-Sorbonne (Paris 1).

Introducción

La primera forma del tiempo jurídico instituyente es la memoria.

La memoria que recuerda que está lo dado y lo instituido.

Eventos que fueron importantes, que lo son todavía y que son susceptibles de dar sentido a la existencia colectiva y a los destinos individuales [...]

Es el interés de la cuestión que se estudia. [...] Conciliar *memoria* y *cuestionamiento*:

es decir la necesaria seguridad jurídica y la no menos indispensable facultad de revisar a veces el pasado para volver a inscribir las premisas de un derecho o de una justicia que se habían extraviado.

FRANÇOISE OST

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el ámbito local argentino y su impacto en este país, no pueden desligarse de la historia reciente: las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura (1976-1983). En efecto, a pesar de que el gobierno argentino suscribió numerosos instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, puede afirmarse que hasta muy recientemente no ha cumplido con ese deber: omisión legislativa de tipificar crímenes internacionales en el orden interno, voto de las leyes de “Punto Final” (PF, 1986) y “Obediencia Debida” (OD, 1987), e indultos presidenciales (1989, 1990). Es más, muchos responsables de crímenes contra la humanidad aún prestan sus servicios en el ejército o en la policía, y otros ocupan cargos en el gobierno.

A partir de 2005 se puede observar, sin embargo, las consecuencias de los avances de la justicia internacional en el ámbito nacional. El proceso de abrogación de las leyes de PF y OD que se inicia con un proyecto legislativo en 1998 (limitado a derogarlas sin efectos retroactivos), culmina con la histórica Sentencia de la Corte Suprema del 14 de junio de 2005 que las declara anticonstitucionales, decisión que, en gran medida, se basó en los valores y principios del DIDH. Esta sentencia habilitó definitivamente la prosecución de las causas judiciales por crímenes durante la dictadura (el 5 de agosto de 2006 se produjo la primera condena a un represor después de la abrogación de las leyes, seguida de la condena a Echecolatz y, recientemente, a Von Wernich). En una primera parte de este trabajo se verá que la argumentación de la emblemática sentencia de la Corte Suprema esboza una reorganización de las relaciones entre derecho y política. Es decir, los valores del derecho internacional (en particular los principios de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos) prevalecen sobre el derecho interno para permitir la implementación de la justicia efectiva.

Esta sentencia, paradigmática en la región, fue resultado de una compleja interacción entre organismos internacionales, Estado y los nuevos actores sociales, en un contexto muy amplio de la lucha contra la impunidad a nivel local e internacional. En especial, la demanda de justicia por parte de los familiares de las víctimas y amplios sectores de la sociedad argentina¹ ha sido permanente; requerimiento que, desde el comienzo, se ligó con fuerza al proyecto de construcción de una nueva lógica democrática de gobierno (Acuña, 2000). Dicha lógica estuvo y está fundamentalmente marcada por el rol esencial de la sociedad civil en el juego de diálogos y tensiones entre los poderes ejecutivo y judicial, pero también, de manera ineludible, por las tensiones que se entablan entre soberanía y DIDH. ¿Por qué interesarse en el papel de la sociedad civil en cuanto a la aplicación del DIDH por parte del poder judicial? En un marco más amplio, la formación de una sociedad civil transnacional en América Latina tiene vínculos estrechos con los procesos de democratización, particularmente en el área de los derechos humanos. Muchos estudios se realizaron, sobre todo a partir del caso argentino, y mostraron la capacidad de presión que podían tener los actores no estatales sobre las instituciones internacionales y los Estados (Dezalay y Garth, 2002). En una segunda parte de este trabajo, se intentará esbozar algunos elementos de estas nuevas dinámicas.

I. Abrogación de las leyes de impunidad: los principios del derecho internacional de los derechos humanos se imponen

A) La arquitectura jurídica de la impunidad en Argentina

Luego del largo período que atestiguó la violación sistemática de los derechos humanos, uno de los objetivos del gobierno que restableció la democracia fue asegurar el vigor de los derechos humanos dándoles una protección internacional. El Estado

¹ Entre los organismos de derechos humanos, se encuentran las asociaciones de familiares de víctimas autodefinidas “afectados directos”: Madres de Plaza de Mayo, Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, Abuelas de la Plaza de Mayo, HIJOS, Asociación de ex Detenidos-Desaparecidos, así como otros organismos no gubernamentales integrados o no por aquellos que sufrieron la represión. Entre éstos: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), La liga Argentina para los Derechos Humanos (LADH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Movimiento Ecueménico de los Derechos Humanos (MEDH), el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj), La Fundación Memoria Histórica y Social Argentina, la Asociación Buena Memoria, y el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF). Se debe observar que hubo un grupo de organizaciones que se opusieron a toda acción estatal, incluso a la implementación de los estándares del derecho internacional. En este trabajo, no se considera esta especificidad porque en este último periodo la distinción entre los grupos se hizo más ambigua.

votó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ambas de 1948) y ya formaba parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (1952) y la Convención Internacional por la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969). Firmó, entonces, nuevos tratados en 1984, por ejemplo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Conviene señalar que estos tratados impedían cualquier tipo de amnistía para los crímenes de lesa humanidad y obligaban al Estado a impartir justicia.

En esta perspectiva, Raúl Alfonsín, ganador en 1983 de las primeras elecciones luego de la dictadura, decidió castigar los crímenes de la dictadura, cumpliendo así las promesas pre-electorales formuladas a los organismos de derechos humanos. El mandatario, como primer medida, en 1984 creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), una comisión de verdad, integrada por personalidades de la cultura y sin militancia política destinada a investigar los procedimientos ilegales que el gobierno militar había implementado. Promovió, *a posteriori* del informe de la comisión, el “Juicio a las Juntas” en 1985. En efecto, el 22 de abril se abrió un juicio histórico que hizo públicos durante ocho meses, en medio de un clima muy tenso, los testimonios de 800 testigos. A través de un sistema de acusación que se basaba en una distinción entre tres niveles de responsabilidad,² el veredicto de diciembre de 1985 estableció la culpabilidad de cinco de los comandantes de las Juntas enjuiciadas. El “Juicio a las Juntas” y la Conadep fueron fundamentales en la creación de las condiciones sociales de producción de representaciones compartidas del pasado que a su vez dieron sentido a los recuerdos individuales. Que estos eventos hayan profundizado en primera instancia el conflicto civil/militar no impidió que tuvieran una importancia simbólica considerable cuyos efectos son aún notorios. Y, por un momento, la lógica jurídica primó por sobre la lógica política (Acuña, 2002: 7).

Sin embargo, bajo el gobierno de Alfonsín, se observaron ambigüedades y obstáculos en la aplicación de los tratados y principios del derecho penal internacional en el ámbito nacional. El gobierno, luego de un pacto secreto con jefes militares, (Acuña, 2002: 5), y a pesar del informe de la Conadep y del Juicio a las Juntas (1985), al votar las leyes OD y PF,³ no reconoció las desapariciones forzadas de personas como crímenes de lesa

² 1) Los que, contradiciendo principios éticos fundamentales y reglas jurídicas en vigor, concibieron los métodos de represión y dieron las órdenes para que fueran implementados; 2) los que respetando o no esas órdenes, cometieron “hechos atroces o aberrantes”; y 3) los que, en un clima general de confusión y limitaciones, obedecieron órdenes de superiores sin volverse culpables de hechos atroces o aberraciones.

³ La Ley de Punto Final (1986) fijaba un límite de ciento veinte días para entablar una acción penal contra los responsables de violaciones a los derechos humanos, lo que, si se considera el tiempo necesario para encontrar las pruebas

humanidad.⁴ Estos últimos —si bien ausentes en el código penal argentino— estaban ya definidos en el Estatuto de Nuremberg desde 1945, donde se señalaba que el crimen contra la humanidad no se produce entre Estados en guerra sino contra poblaciones civiles. Según el informe de la Conadep y los diversos testimonios de víctimas y documentos hallados, la desaparición forzada (Estatuto de Roma, 1998) de personas en Argentina fue sistemática, arbitraria, planificada y programada, incluso antes del golpe militar y hasta que finalizó la dictadura, además de que el FBI de Estados Unidos la había legitimado. Por lo tanto, esta práctica se inscribe perfectamente en la definición de “crimen contra la humanidad” (Yurovics, 2002: 17). Tal concepto penal presenta dos niveles, uno individual, el acto criminal, y el otro colectivo, la política, los cuales se entrecruzan y justifican su denominación y su régimen jurídico particular: imprescriptibles, posibilidad de juicio ante una jurisdicción internacional (incluidos jefes de Estado, ministros, generales), y exclusión del argumento de obediencia debida.

Pero detrás de la incoherencia jurídica que el voto de las leyes significó: ¿cuál fue la cosmovisión que enmarcó este voto? El problema central se articula en la comprensión e interpretación del período de la dictadura militar y sus causas. Por un lado, las fuerzas armadas legitiman su acción pasada con el concepto de guerra contra la subversión (el enfrentamiento necesario con “el enemigo interno” apátrida, de ideología perversa y subversivo). Los excesos cometidos se concebían y justificaban como inevitables (como en toda guerra, pero más en este caso, calificada de sucia). Para las víctimas, por otra parte, este período fue el del horror sin límites, de lo ilegal consagrado y de la indefensión absoluta, de los crímenes de lesa humanidad. Entre estas dos interpretaciones aparece la “teoría de los dos demonios” según la cual habría un equilibrio de responsabilidades por parte de los militares y de los grupos armados y una retroalimentación de respuestas violentas e ilícitas. Esta teoría encuadra la política de derechos humanos muy moderada del gobierno de transición a la democracia. El gobierno de Alfonsín adoptó esta teoría (ver prólogo del informe de la Conadep) alegando principalmente que la democracia todavía era frágil.⁵

de crímenes de lesa humanidad, significaba cerrar una gran parte de los casos. La Ley de Obediencia Debida (1987) (expresamente prohibida por el Estatuto de Nuremberg) establecía que todos los militares y miembros de las fuerzas de seguridad que no ocupaban puestos de decisión habían obedecido órdenes y no eran, por lo tanto, penalmente responsables. En consecuencia, solamente los altos oficiales eran susceptibles de sanciones penales.

⁴ El crimen contra la humanidad “define un acto inhumano al servicio de un plan criminal que busca atacar de forma masiva o sistemática una población [...], cometida en aplicación de una política, es decir de un marco organizacional implementado por un conjunto de contribuciones” (Y. Jurovics, 2002: 17).

⁵ En efecto, el contexto del equilibrio de fuerzas era frágil y hubo rebeliones por parte de ciertos sectores militares (1987, 1989). Sin embargo, actores y analistas coinciden en señalar que en el momento de la transición (fines de 1983 y durante 1984) había espacio político para proceder con mayor audacia dada la debilidad militar (Jelín, 2001).

En la década de 1990, el DIDH cobró nueva fuerza en Argentina. Se debe subrayar, en el ámbito jurídico, el rol esencial de la decisión judicial de 1992 (Sentencia Ekmekdjian *versus* Sofovich) y de la reforma de 1994, así como el de algunas otras sentencias paradigmáticas de la aplicación del derecho penal internacional. Para ser plenamente efectivo, el derecho penal internacional suponía inicialmente la buena predisposición y el respeto de los Estados soberanos a las Convenciones que habían libremente negociado y suscrito. Así es como en esta época se asiste a la implementación de numerosos dispositivos jurídicos que implicaron una mayor fuerza normativa del DIDH.

Sin embargo, y a pesar de que muchos grupos de la “sociedad civil” se cuestionaban de modo manifiesto y activo las políticas autoritarias que favorecían la impunidad, en octubre de 1989, el sucesor de Alfonsín, Menem, mediante cuatro decretos de indulto, dejó en libertad a 277 personas que no se habían beneficiado por las leyes denominadas de impunidad. Finalmente, en 1990, a través de un nuevo decreto de indulto, liberó también a los ex comandantes de la Junta Militar, a Mario Firmenich, jefe de la organización guerrillera Montoneros y a varios otros dirigentes de dicha agrupación. Si bien la Constitución Nacional contempla la facultad presidencial de indultar, en este caso el poder ejecutivo se arrogó la facultad de decidir sobre causas pendientes y en trámite ante el poder judicial. Además, los indultos involucraron 30 causas. Se puede hablar, en este sentido, de una amnistía.⁶ Es decir, mediante estas medidas se siguió negando la calificación de crímenes de lesa humanidad para aquellos delitos cometidos durante la dictadura.

En 1993, el Congreso promulga una ley que reconoce jurídicamente la figura de la desaparición forzada en el registro civil. En 1995, sin embargo, aparece un rumbo distinto en la interpretación del pasado del período dictatorial. El capitán Scilingo narra, en un largo testimonio, los detalles de los métodos utilizados en los casos de desaparición forzada, en especial, los vuelos de la muerte. Esta confesión fue esencial para cuestionar los discursos que minizaban los hechos bajo la “teoría de los dos demonios”. Incluso el propio Jefe del Ejército dirigió un mensaje al país donde ratificó que durante la dictadura se había producido una abierta transgresión de las normas

⁶ El indulto supone el perdón de la pena, mientras que la amnistía supone el perdón del delito. Por eso sólo se puede indultar la parte de la pena que no haya sido ya cumplida, mientras que la amnistía puede implicar rehabilitar al amnistiado en derechos ya perdidos al cumplir la pena impuesta. El indulto afecta a una persona concreta, la amnistía afecta a una pluralidad. El indulto no extingue la responsabilidad civil derivada del delito, la amnistía sí lo hace. En general, para otorgar el indulto es necesario un acto administrativo; para la amnistía es necesaria una ley. La amnistía extingue los antecedentes penales, mientras el indulto no lo hace necesariamente. Para otorgar un indulto se precisa la sentencia firme, para la amnistía no lo es.

y comportamientos militares por parte de la armada a su cargo. En marzo de 1996, una manifestación masiva se produjo en el aniversario del golpe militar. La actualidad de un tema que algunos consideraban cerrado aparecía inexorable.

Paralelamente a la inscripción de los hechos en un relato común y en el contexto de la reforma constitucional negociada entre peronistas y radicales por la cual se borran los límites entre derecho interno e internacional respecto de los derechos humanos, la noción de crimen contra la humanidad se impuso en el área jurídica (ratificación del tratado internacional de Naciones Unidas en 1994 e inclusión de éste con valor constitucional en 1997) para calificar la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas.⁷ Aunque los crímenes internacionales permanecieron ausentes del código penal, la inclusión de este tratado significó un paso esencial para el procesamiento de los responsables. En esta óptica, hay que señalar que en la década de los noventa y principios de 2000, se produjeron juicios por apropiación de niños, juicios por el derecho a la verdad, y un juicio por la Operación Cóndor; todos impulsados por organizaciones de familiares y ONG de derechos humanos. Si bien hubo jueces que hicieron avanzar las causas, estas iniciativas no eran parte de una política de Estado y las leyes e indultos continuaban vigentes impidiendo muchas veces alcanzar una política de justicia más estructural.

En resumen, se puede decir que en los años ochenta y noventa, los tratados de derechos humanos no tenían efectiva vigencia en Argentina. Actualmente, sin embargo, es creciente el reconocimiento de los nuevos valores del derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito político, el cambio más importante llegó en 2003 con el gobierno de Kirchner. En el marco de la renovación de las políticas públicas de la memoria y luego del pedido de extradición de varios represores (más de 40) por parte del Juez Garzón, el juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos fue incorporado a la agenda pública como tema de vital importancia. Por otro lado, se produce una reforma del sistema de justicia, que trae aparejado un escenario institucional más abierto. En este contexto, se inscribe la Sentencia de la Corte Suprema así como la voluntad por parte de ciertos tribunales nacionales (Calvo, 2007)⁸ de reprimir los crímenes reconocidos por el derecho internacional.

⁷ Aún existe un debate político y jurídico importante alrededor de la aplicación de la categoría de genocidio al caso argentino. Según la definición del Estatuto de Roma (art. 6), como exterminación física, intencional, sistemática y programada de un grupo étnico, nacional, religioso o racial, pareciera no corresponder. Sin embargo, su utilización en el caso Echeolatz da nueva luz a esta cuestión en tanto posibilidad de ampliación de la definición dado el efecto de producción de verdad del derecho, es decir su eficacia simbólica.

⁸ “Esas propuestas parecen no alcanzar a los juicios que se tramitan en el interior del país, prácticamente paralizados, o a la Cámara de casación que cajonea por años los expedientes que le llegan”, según Adriana Calvo “El día que haya justicia”, en *Página 12*, 5 de marzo de 2007.

B) La Sentencia 2005. Un cambio paradigmático

Un orden del derecho pensado como algo soberano y general, pensado no como un medio en la lucha de complejos de poder, sino como medio contra toda lucha en general [...] sería un principio hostil a la vida, un orden destructor y disgregador del hombre, un atentado al porvenir del hombre, signo de cansancio, un camino tortuoso hacia la nada.

F. NIETZSCHE

Casi veinte años después del retorno de la democracia, el caso contra Julio Simón conocido como “El Turco Julián”, incorporó a la agenda pública el tema del castigo de los crímenes contra la humanidad. En octubre de 2000, en el marco del caso Poblete y Hlaczic, el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales, una ONG de derechos humanos) sostiene la inconstitucionalidad de las leyes. José Poblete y Gertrudis Hlaczik junto con Claudia Poblete, su hija de ocho años, habían sido secuestrados en Buenos Aires el 28 de noviembre de 1978 por un grupo que declaró pertenecer a las fuerzas armadas. Claudia Poblete, luego de mucho tiempo de secuestro fue entregada a una pareja de militares que la inscribieron en el registro civil como hija biológica. Vivió más de veinte años con esta falsa identidad hasta que su familia la encontró y entabló un juicio para restablecer su verdadera identidad y castigar a los responsables. Los apropiadores fueron condenados en el 2000 por delitos de apropiación de niños y sustitución de identidad. Los crímenes de los cuales habían sido víctimas la madre y el padre, las “torturas” y la “desaparición forzada de personas”, sin embargo, estaban ya en amnistía bajo el gobierno de Alfonsín. Los únicos delitos que no alcanzaron el perdón de las leyes ni los indultos fueron la apropiación de niños y el robo de bienes. De este modo, la apropiación de Claudia Poblete pudo ser castigada, pero no los crímenes contra sus padres: una situación paradójica que obligó al juez Cavallo a derogar, en 2001, las leyes mencionadas. En el 2005, la Corte Suprema ratificó esa decisión.

Según la defensa del “Turco Simón”, las leyes de Obediencia Debida y Punto Final tenían un objetivo ambicioso: la armonía política y civil. Según esta defensa, en el contexto del grave conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad, la amnistía parecía lo único posible para preservar la paz social. La defensa afirmaba entonces que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no concernía a la justicia, porque el poder judicial, según los artículos 75, §12 y 20 de la Constitución, no podía pronunciarse sobre el valor político de las leyes, es decir “juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones adoptadas en el área de competencia de los otros poderes del Estado.” Sin embargo, en 2005, la Corte Suprema reconocerá

la efectividad de los valores del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno (véase Sentencia Corte Suprema 2005, §16).

Una vez establecida la nulidad de las leyes de impunidad,⁹ éstas dejan de ser un obstáculo para la justicia. Puestos en peligro por las decisiones de los gobiernos democráticos que propiciaron y promulgaron las leyes de impunidad en Argentina, los principios de los derechos humanos se imponen mediante la referencia específica al “crimen contra la humanidad” en la Sentencia de 2005.

Un argumento importante provino del Sistema Interamericano. En 2001, la Corte Interamericana consideró responsable a Perú, no sólo de violar el derecho a la vida e integridad personal derivada de la masacre que tuvo lugar en Barrios Altos (bajo la presidencia de Fujimori), sino también del voto de las leyes de amnistía que constituían una violación de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial. Con ello se observaba una mayor precisión normativa de los derechos humanos. La Corte Interamericana señala:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de exclusión de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, tal como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas prohibidas porque contradicen los derechos que no pueden ser derogados, reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. (Corte Interamericana, 2001).

En este sentido, el jurista J. Méndez (2001: 44) explica que en Argentina no se reconoció la verdad del caso individual. La Conadep, comisión de la verdad creada en 1983 y presidida por el escritor Ernesto Sábato, mostró la estructura represiva del terrorismo de Estado de forma general, pero omitió develar la cuestión individual. Méndez agrega que la búsqueda de verdad en las comisiones es parcial en la medida que testimonian la experiencia de las víctimas pero no la de sus genocidas, de tal modo que queda incompleta. Precisamente, al no formar parte de órganos jurisdiccionales, esas comisiones no cuentan con los instrumentos de investigación y autoridad estatal para dar con las pruebas de forma sistemática como lo hacen los tribunales de justicia.

⁹ Además, y desde el punto de vista del derecho interno, se puede observar que la ley mencionada (Ley de Obediencia Debida) presenta dos problemas serios en su formulación que fueron señalados cuando se examinó su incompatibilidad con la Constitución Nacional: esta ley no establece ninguna regla aplicable a los hechos futuros; por lo tanto no respeta el criterio de generalidad propio de la función legislativa. Un hecho contrario al principio democrático de la división de poderes.

Los tribunales, al igual que las comisiones, son susceptibles de cometer errores, pero en el caso de los primeros, los acusados cuentan con las mismas capacidades y derechos para confrontar las pruebas que tienen las víctimas. Es decir, en las comisiones de verdad la neutralidad está menos asegurada y la “visión de las víctimas” suele imponerse. Los juicios que tuvieron lugar muestran el carácter innegable de los hechos. Es a través de la acción de los tribunales que el Estado reconoce los crímenes y hace justicia caso por caso. Además, según el Ministerio Público nacional, “el compromiso del Estado no desaparece con la búsqueda de la verdad, debe efectuarse en la medida de lo posible una sanción a los responsables.” (Procurador General Becerra, 2002).

Aun así, quedaría una dificultad para poder castigar a los responsables de los crímenes. Estos delitos (como el principio de imprescriptibilidad que los caracteriza) no estaban inscritos en el código penal argentino. ¿Cómo se puede entonces juzgar crímenes que no están tipificados al momento de ser cometidos? Hay quienes dicen que debe aplicarse el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Otros, sin embargo, promueven la primacía del derecho internacional sobre el nacional. En efecto, estos crímenes se hallaban tipificados en el Estatuto de Nuremberg y se les definía en diversos tratados internacionales. Dos interpretaciones jurídicas se enfrentan y pareciera no ser un problema meramente técnico.

Aquellas personas que defienden la primacía del derecho internacional se enfrentan a un problema. La reforma de la Constitución de 1994 no permite asegurar la primacía del *jus gentium* en materia penal. Tomar cuenta los tratados de los derechos humanos en la Constitución sólo sería posible en los límites de las cláusulas constitucionales en vigor. Es decir, que frente al conflicto en la interpretación de las leyes, es la cláusula constitucional la que prevalece ante el derecho internacional. En este caso, el artículo 18 (principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) impediría aplicar la imprescriptibilidad para hechos cometidos antes de la inscripción en el código penal interno.

Según algunos expertos, el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 18 de la Constitución), así como la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*, impedirían la aplicación del derecho penal internacional en los casos de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura. La defensa del “Turco Simón” retoma este argumento. Según la defensa, los jueces aplicaron retroactivamente una norma de naturaleza penal, es decir, el principio de imprescriptibilidad que aparece en la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas y “no se puede disminuir la validez de la garantía del artículo 18 en virtud de los principios generales de la comunidad internacional” (Corte Suprema, Sentencia 2005).

En efecto, la ratificación de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas data de 1994 (ley 24.556) y fue incorporada a la Constitución en 1997 (ley 24.820).

En este sentido, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad sería solamente aplicable a los hechos cometidos luego de su implementación en el derecho interno, esto es, después de 1994. Castigar a los responsables de crímenes de desaparición forzada en la dictadura implicaría aplicar un principio penal de forma retroactiva, lo que sería, según algunos, contrario al derecho.¹⁰ La cuestión entonces es saber cómo justificar hoy el castigo de crímenes contra la humanidad anteriores a 1994.

Un primer paso para resolver este problema se encuentra en el caso Priebke (1995) (extradición de un oficial nazi acusado de crímenes de guerra en la Fosas Ardeatinas). La Corte Suprema establece en el marco de ese proceso que para los crímenes penales que constituyen infracciones en los tratados internacionales en vigor en Argentina, la prescripción está regida por el derecho penal internacional y no por el derecho interno. Esta sutileza sirve de precedente y revela que el derecho penal internacional prevalece sobre el derecho penal interno, incluso si no se dijo explícitamente.

Para justificar la extradición de Priebke, los jueces de la Corte Suprema rompen con la idea de que todos los presupuestos de la sanción penal deben encontrarse en las leyes nacionales. Luego, en el caso “Simón” (primera sentencia, 2001), el Juez Cavallo decide anular las leyes y abrir la posibilidad de juzgar a los responsables de crímenes contra la humanidad en Argentina. Esta solución no resuelve tampoco el problema en el ámbito de los textos jurídicos, pero permite, sin embargo, constituir otro precedente a favor de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

La Sentencia de 2005 retoma los argumentos de Cavallo pero va más lejos aún. Sostiene el carácter imperativo de los principios vigentes en el espacio mundial (la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad) que obligan al Estado a sancionar a los responsables y que prevalecen sobre toda legislación (o ausencia de tipificación): “Hay que observar que la misión de esta Corte es proteger el respeto del *jus cogens*, es decir, un derecho que no puede ser derogado [...]” (Corte Suprema, Sentencia 2005). Esta interpretación vale también si se retoma la Sentencia Schwamberger (1989) donde el Juez Schiffrin interpreta el artículo 118 de la Constitución¹¹ para introducir la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno independiente de los códigos nacionales. Según Schiffrin:

Solamente una concepción del artículo 118 que implique reconocimiento y consideración del derecho penal internacional en la Constitución, es capaz de

¹⁰ Argentina ratifica a través de la ley 24.584, publicada en el boletín oficial del 29 de noviembre de 1995, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes contra la Humanidad.

¹¹ “[...] cuando los [crímenes] son cometidos fuera de los límites de la Nación, contra el *jus gentium*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar donde serán juzgados” (art. 118 de la Constitución).

sobrepasar las dificultades que aparecen en los casos que dependen actualmente de nuestra competencia, es decir [...] la capacidad de amnistiar y la prescripción de los delitos contra la humanidad. (Schiffrin, 2001: 418).

Naomi Roth Arriaza (2005) señala la presencia de los jueces “emprendedores de causas” en la vanguardia de la aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional. La interpretación innovadora del artículo 118 de la Constitución del Juez Schiffrin en el caso Schwamberger (1989), las sentencias Priebke (1995) y Cavallo (2001) son esenciales para comprender el cambio en 2005 y la afirmación de la primacía del *jus gentium*. Sin embargo, la sentencia de 2005 debe comprenderse en el contexto más amplio de la lucha contra la impunidad en el que se consagra la desaparición forzada como figura del “crimen de lesa humanidad”, lucha en la cual el rol de la sociedad civil, desde que fueron cometidos los crímenes, es esencial.

II. La ampliación del DIDH y su aplicación en Argentina. El rol de la “sociedad civil”

La figura de la “desaparición forzada” como “crimen de lesa humanidad”

[...] ese procedimiento tiene para ellos una doble ventaja: la de eliminar a un adversario real o potencial [...] y a la vez injertar, mediante la más monstruosa de las cirugías, la doble presencia del miedo y la esperanza en aquellos a quienes les toca vivir la desaparición de seres queridos [...] promesas y medias palabras multiplican al infinito un panorama cotidiano lleno de siluetas crepusculares que nadie tiene fuerza de sepultar definitivamente [...] Y si toda muerte humana entraña una ausencia irrevocable, ¿qué decir de esta ausencia que se sigue dando como presencia abstracta, como la obstinada negación de la ausencia final? Ese círculo faltaba en el infierno dantesco, y los supuestos gobernantes de mi país, entre otros, se han encargado de la siniestra tarea de crearlo y poblarlo.

JULIO CORTÁZAR

La inclusión de la figura de la desaparición forzada de personas en el derecho internacional expresa una ampliación de la noción de crimen de lesa humanidad y una búsqueda de mayor efectividad normativa en el ámbito local. La precisión de las definiciones alrededor del “crimen de lesa humanidad”¹² refuerza la obligación de los Estados de respetar

¹² Según la jurista Delmas-Marty, la despersonalización de la víctima que lleva a la negación de su humanidad, legitima el reconocimiento de la especificidad de este tipo de crímenes. Es decir, no se admite que el tiempo borre

las normas puesto que él establece las condiciones de aplicación. Al afirmar un derecho imperativo (*jus cogens*), el derecho internacional se ha transformado en un instrumento esencial para la defensa de los derechos humanos. La voluntad política y la soberanía misma son cuestionadas a través de nociones jurídicas tales como “dignidad humana”, “derechos fundamentales”, “derecho humanitario” y a través de nuevos actores, entre ellos las ONG y los movimientos sociales contemporáneos. En este contexto, la impunidad puede todavía existir en el ámbito nacional, pero no en el internacional: en efecto, cuando ciertos crímenes son considerados como crímenes contra la humanidad, sus autores pueden ser objeto de demandas penales por parte de la Justicia de cualquier país. La detención de Pinochet en Londres (1998) es la ilustración más espectacular de esta evolución. El caso Pinochet aporta una nueva luz a la idea de “sociedad universal”. En América Latina, a nivel regional, se establece un renovado marco conceptual de acción frente a la impunidad a través de resoluciones de la Comisión Interamericana (Informe sobre las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, 1992) y de fallos de la Corte (Velásquez Rodríguez, 1988; Barrios Altos en 2001). Se intentará delinear algunos elementos del proceso de escritura y emergencia de esta nueva normativa internacional lo cual permitirá plantear algunas preguntas alrededor de las dinámicas globales/locales.

Según Marie Törnquist-Chesnier (2001), “la ampliación normativa” es uno de los rasgos principales del derecho internacional público de los derechos humanos en la actualidad. Establecida por primera vez como “crimen contra la humanidad” por la Asamblea General de las Naciones Unidas en una declaración de 1992, la desaparición forzada está actualmente inscrita en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), artículo 7i y en la reciente Convención de la ONU firmada en 2006 e impulsada, en gran parte, por los gobiernos argentino y francés. La inclusión de la figura de la “desaparición forzada de personas” es la consagración de la lucha de los familiares de las víctimas y los sobrevivientes, y de las ONG de derechos humanos en Argentina y Chile. Y también es el fruto de contribuciones de organizaciones internacionales (Human Rights Watch y Amnesty International, entre otras) en la escritura del derecho internacional (Törnquist-Chesnier, 2001).

En la arena local

De acuerdo al modelo denominado *boomerang* (Keck y Sikkink, 1998), cuando un gobierno viola o se niega a reconocer derechos básicos, los individuos o grupos que

el recuerdo, se impone la imprescriptibilidad. Con la creación de esta noción, los juristas asociados al juicio de Nuremberg “lograron desplazar los límites del olvido (prescripción) y del perdón (amnistía)” (Ost, 1999: 142). En esta misma óptica es que la lucha contra la impunidad se impone como un punto esencial de la agenda del sistema interamericano de derechos humanos.

no pueden recurrir a la justicia o a instituciones locales, tienen la posibilidad de recurrir a la justicia internacional para formular sus reclamos. En Argentina, la incesante movilización y lucha de las asociaciones de víctimas y familiares de víctimas fue el espacio en el cual se elaboraron estrategias jurídicas innovadoras y del cual surge, en particular, la noción de “desaparecido” (Castro García, 2001). A partir del movimiento de derechos humanos y de la visita a Argentina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1978, se construye la figura del desaparecido como una de las más crueles violaciones de los derechos humanos. De este modo, los “desaparecidos”, denominados “enemigos internos” por los militares, se convirtieron en “víctimas de violaciones a los derechos humanos”.¹³

En efecto, ante el terror impuesto por el golpe militar (desapariciones forzadas y sistemáticas de personas), los familiares de las víctimas comenzaron a denunciar la situación a través de peticiones al gobierno. En el caso de las víctimas de la represión, muchos familiares, además de la búsqueda incansable por comisaría, cuarteles, etc., recurrieron al *habeas corpus* (en general, fueron denegados dada la cooperación, el miedo o la ignorancia de algunos sectores del sistema judicial con los militares en el poder). Así, poco a poco, se formaron las primeras organizaciones de resistencia frente a la dictadura con el objetivo de construir estrategias más colectivas. Fueron los mismos familiares de las víctimas que racionalizaron la búsqueda de los individuos desaparecidos. Antonia Castro García (2001) observa que la palabra “desaparecido” nace de la reivindicación organizada por las familias de las víctimas que se consolida a partir del periodo 1982-1983; es decir, de una práctica que antes no tenía nombre. Son las familias de las víctimas que racionalizaron la búsqueda de los individuos desaparecidos. Se trataba de denunciar, por un lado los cuerpos secuestrados y ocultados, y por otro, la acción de las autoridades que consistía en hacerlos desaparecer para luego alegar que nada sabían de su paradero.

Más tarde, y ante la impunidad persistente, se formó el grupo de Iniciativa (Grupo Iniciativa, 1989) integrado por 16 organizaciones de derechos humanos, de abogados y juristas. Este grupo elaboró pautas remitidas oportunamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, sobre los principios que debería contener una Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas. Este grupo también militó por la adopción de una Declaración solemne de la Asamblea general de la ONU y una Convención de las Naciones Unidas.

En resumen, hubo dos etapas. La primera, durante la dictadura, bajo la cual los familiares de las víctimas y los militantes actuaron por sí mismos. Esta movilización en el “es-

¹³ Como explica Antonia Castro García, “lo que nosotros llamamos violaciones a los derechos humanos, es una construcción ideológica históricamente fechada: aparece con las revoluciones estadounidenses y francesa del

pacio público internacional” (Habermas) fue primero espontánea. En una segunda etapa, además de los organismos de sobrevivientes y los familiares, hubo acciones más orgánicas con el surgimiento de otros actores sociales como las ONG de derechos humanos. La Liga Argentina de los Derechos Humanos (LADH), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y la Federación de las Familias de Desaparecidos (Fedefam) presentaron los primeros proyectos de la Convención sobre la desaparición forzada de personas.

En la arena global

En cuanto al Estatuto de Roma (1998) que rige la CPI, la influencia de las ONG internacionales es definitiva. Entre marzo de 1996 y marzo de 1998, en Nueva York se reúnen seis comisiones preparatorias para redactar un documento de referencia que habría de ser discutido y finalmente aprobado en Roma en julio de 1998. Tanto Amnesty Internacional como Human Rights Watch (HRW) definen y discuten los alcances de la inclusión de la figura de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en las reuniones preparatorias.¹⁴ Si el Estatuto de la CPI está signado por la influencia de las ONG, no es menos difícil establecer una relación de causa-efecto, entre presiones de las asociaciones y la inscripción de algunas de ellas en el texto. Muchas formulaciones en el Estatuto han sido, sin embargo, fuertemente influenciadas por las recomendaciones de las asociaciones.

En la arena internacional, la participación de la “sociedad civil” fue impulsada por las propias organizaciones internacionales con la creación del estatuto consultativo en la ONU, a través de los procedimientos *ad hoc* en las conferencias internacionales, etc. Las ONG se convirtieron así en actrices insoslayables de la emergencia, escritura e implementación de las normas internacionales. Dos elementos permiten observar el lugar de las organizaciones no gubernamentales en el derecho internacional público: por un lado el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas, por el otro, la noción de *partenariado*¹⁵ entre ONG y ONU. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional marca, sin embargo, un cambio en el reconocimiento del rol de las ONG. El párrafo 1 del artículo 15 las reconoce como fuentes fiables, junto con otros actores (Estados, órganos de la ONU), para informaciones brindadas al Fiscal que abran una investigación. El párrafo 4 del artículo 44 del Estatuto confirma que las ONG están en igualdad con los demás actores internacionales. Las ONG podrán, asimismo, ayudar

siglo XVIII y deviene doctrina luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y más fundamentalmente a partir de 1970” (Castro García, 2002: 106).

¹⁴ Ver los informes de las ONG en www.iccnw.org

¹⁵ Asociación, cooperación.

a las víctimas y protegerlas. A pesar de las resistencias y obstáculos que encuentran (entre otros, la ofensiva de Estados Unidos contra la Corte Penal Internacional), estos “nuevos actores” participan de la emergencia de una “conciencia jurídica universal”, de valores y principios reconocidos como universales.

El efecto *boomerang*

La influencia de estas nuevas estrategias depende del grado de apertura de las administraciones y de los valores y voluntad política de los gobernantes. En este sentido, podríamos efectivamente hablar del segundo movimiento del *boomerang*. Un innovador marco conceptual se impone a nivel nacional, implicando nuevos valores y principios, transformando poco a poco las políticas públicas. En este sentido, se puede mencionar la acción de la Audiencia Nacional Española, el activismo del juez Garzón y de otros jueces y abogados europeos que han impulsado juicios en el extranjero (Francia, España, Italia) así como los diferentes mecanismos de presión del sistema interamericano. En este marco, la campaña electoral y la asunción del presidente Néstor Kirchner produjeron un inesperado cambio de coyuntura política. A partir de 2003, como ya se ha mencionado, el juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos se incorporó a la agenda pública: pronunciamiento explícito del gobierno nacional de no amparar la impunidad por los crímenes de la dictadura, derogación del decreto que impedía las extradiciones y pedidos internacionales —que a partir de entonces realizaron países europeos— y, finalmente, declaración de nulidad de las leyes de impunidad por parte del Congreso.

Según las sociólogas estadounidenses Sikkink y Keck, los países más susceptibles a las presiones de la justicia internacional son los que aspiran a pertenecer a una comunidad normativa de naciones. En este orden de ideas, la antropóloga Wecchioli (2005) constata que, en la década de 1930, ya había una importante internacionalización en Argentina. La adopción del compromiso hacia la causa de los derechos humanos y la democracia no es solamente el efecto de una conversión a la modernidad, es también el resultado de estrechas relaciones entre elites políticas y jurídicas argentinas y europeas. Este acercamiento se puede explicar en gran parte por la fragilidad institucional argentina que necesitaba de aportes de capital y legitimidad que vinieran del extranjero (Y. Dezalay y B.G. Garth, 2002).

B) La *expertise* jurídica de las ONG y el DIDH

El derecho internacional sobre derechos humanos aparece entonces como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de

formulación, implementación y evaluación de políticas públicas. En este contexto, los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales y regionales, como por ejemplo el sistema interamericano, brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países, y dotado de una fuerte legitimidad social y política que indudablemente mejorará la eficacia de las estrategias y la posibilidad de articular actores estatales y no estatales en los escenarios local, nacional, regional e internacional.

En este punto, el movimiento de derechos humanos a través de una profesionalización creciente y originales estrategias jurídicas, cumple un rol protagónico en el creciente consenso sobre principios y valores relativos a los derechos humanos en el espacio mundial, pero también en el ámbito local. El rol creciente de la *expertise* en la definición de las políticas de Estado es una de las características fundamentales de las transformaciones políticas actuales en las sociedades industriales avanzadas. En Argentina, esto puede observarse a través de las ONG de derechos humanos que destacan por su mayor eficacia y su crecimiento.

La acción judicial

Casi veinte años después del retorno de la democracia, el caso contra Julio Simón antes descrito hizo público el castigo de los crímenes contra la humanidad. En octubre de 2000, en el marco del caso Poblete y Hlaczic, el CELS sostuvo la inconstitucionalidad de las leyes. Así como en el caso Simón, las ONG establecieron litigios de interés público, es decir, casos que implicaban violaciones graves por su impacto concreto o potencial en la comunidad como un medio para presionar los poderes públicos. En estas presentaciones, se buscó que los tribunales no solo definieran la violación de los derechos en juego sino que también se ocuparan de hacer efectiva su defensa.

Para garantizar la participación de la sociedad civil en las decisiones judiciales, se reglamentó la figura del *amicus curiae*.¹⁶ Ese procedimiento permite a los terceros, que no son parte de un caso, expresar su opinión con el objetivo de defender un interés más general. Además de garantizar la participación ciudadana que hace de la justicia una actividad colectiva, no circunscrita a la decisión de un juez y a los argumentos de las partes, ese proceso permite establecer un mecanismo de control de un tribunal que ya no podrá ignorar los argumentos de los actores de la comunidad. A menudo, este recurso permite aplicar estándares impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos, el cual se vuelve, a su vez, un instrumento esencial para el control

¹⁶ La institución del *amicus curiae* es una figura clásica cuyos antecedentes más antiguos se encuentran en el derecho romano. Fue luego incorporada a la práctica judicial en los países anglosajones.

de las políticas de Estado. Actualmente, algunas organizaciones como el CELS, cuentan con un programa de trabajo específico para impulsar la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales (Programa DIDH).

Otro tipo de acción consiste en la presentación de casos ante los organismos internacionales de derechos humanos, en particular en la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, los organismos acuden a las demandas internacionales como recurso para presionar a los gobiernos para que reconozcan el respeto de los derechos humanos violados durante la dictadura. Este mecanismo, en democracia, permite consolidar el Estado de derecho (por ejemplo, en 1998, permitió el reconocimiento del derecho a la verdad de los familiares y las víctimas del terrorismo de Estado, especialmente en el caso “Alejandra Lapacó”). En el caso Simón, una coalición de organismos de derechos humanos —Abuelas de Plaza de Mayo, Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, CELS, Cejil (Centro para la Justicia y el Derecho Internacional)— presentó un informe a la Comisión Interamericana donde expusieron la situación argentina anterior a la Sentencia de 2005.

La reforma del Sistema de Justicia

La Corte Suprema pareciera jugar un nuevo rol en la arena institucional argentina a través de decisiones políticas innovadoras. Primero, la Sentencia de 2005. Segundo, la efectividad de los derechos ambientales en el caso de polución industrial del río Matanza-Riachuelo en la provincia de Buenos Aires (julio de 2006), y la de los derechos económicos y sociales a través del cuestionamiento del sistema actual de jubilación (agosto de 2006). Estas decisiones muy consecuentes, también llamadas “litigios de reforma estructural” (Gargarella, 2006), permiten consolidar el funcionamiento democrático y obligan la respuesta del poder ejecutivo a través de políticas públicas que sigan estándares internacionales. La acción de esta Corte debe comprenderse en el marco de la reciente reforma del Sistema de Justicia.

En efecto, un problema mayor en Argentina, la falta de independencia de la Justicia, puede constatarse desde al menos los años treinta. La fragilidad del poder judicial, sobre todo de la Corte Suprema, es un fenómeno antiguo que generó hasta muy recientemente un escandaloso estado de “impunidad estructural” (Binder, 1994). Sin embargo, a partir de 2003, se producen algunas reformas que buscan revertir esta tendencia: el decreto 222/03 y la reforma de la Comisión de Acuerdos del Senado que incorporan nuevos mecanismos en la elección de los Ministros de la Corte, así como algunas reformas en el funcionamiento de la Corte Suprema. Estos cambios son esenciales para comprender la anulación de las leyes. Por ejemplo, algunos de los jueces elegidos están públicamente comprometidos con los derechos humanos.

Tales medidas estaban muy recomendadas por una coalición de ONG. Esto es, que a partir de la acentuación de la crisis de principios del año 2002, un conjunto de organismos decide participar activamente en el debate sobre la reforma judicial a través de una serie de documentos titulados “Una corte para la democracia” (I, II y III). Entre ellos se encontraban la Unión de Usadores y Consumidores (UCC), la Asociación para los Derechos Civiles (ADC), el centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación por el Medioambiente y Recursos Naturales (FARN), la Fundación Poder Ciudadano y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip). Esta coalición representa las reivindicaciones de grupos importantes de la sociedad que se volvieron más explícitas a partir de la crisis de 2001. Se demarcan sin embargo, en esta alianza estratégica, de actores tradicionales (y por lo general más conservadores) del debate judicial (Asociaciones de magistrados, Asociaciones de abogados, grupos de la oposición, entre otras).

Los informes de las ONG

Las ONG actúan mediante el ejercicio de la presión sobre el poder político y la instalación del tema en los medios de comunicación. La redacción y elaboración de informes es una de sus actividades principales. Si se analizan los diferentes informes presentados tanto a los organismos internacionales (Sistema Interamericano, sobre todo) como a los gobiernos nacionales relativos a la anulación de las leyes de OD y PF,¹⁷ se observa, en primer lugar, que la lógica de redacción y su presentación tienden a asimilar los informes de las ONG a un texto jurídico o a una decisión adoptada por una autoridad administrativa independiente. Se observan los diferentes elementos del estilo judicial: la concisión, el empleo del modo indicativo, prescriptivo, etc. Se debe atraer la atención sobre la neutralización de los intereses sociales que se opera en la formalización jurídica. Ésta dispone de una eficacia particular debida al poder de esta formalización para lograr la adhesión.

Los documentos emitidos por las ONG se asemejan a los textos jurídicos, suelen tener un efecto de neutralización y otro de universalización destinados a constituir al enunciador en sujeto universal imparcial y objetivo a la vez. Más allá de la gran diversidad de sus miembros, las ONG hacen recomendaciones que reflejan un acuerdo unánime. En otros términos, el juicio del experto le debe al derecho la forma y su potencia: la *expertise* tiene mayores posibilidades de constituirse en un lenguaje de verdad si es objeto de consenso por parte de todos sus protagonistas.

¹⁷ Ver ejemplos de informes de ONG en www.cels.org.ar. En cuanto a la Reforma de la Justicia, también ver www.adc.org.ar, www.farn.org.ar, etc.

La influencia de la *expertise* jurídica producida por las ONG en Argentina es importante. Se ha constatado que las ONG no sólo proponen soluciones que los destinatarios pueden o no seguir, sino que también, al contrario, buscan constreñirlos. Por otra parte, esos informes son públicos pues se editan en las páginas web de las ONG. Es decir, una intención de orden político actúa de manera difusa para que la difusión de las recomendaciones no quede como simple apreciación. Sin embargo, si bien estos textos no son prescripciones, su rol es eminente ya que el “derecho no está dado sino que se construye” (Martínez, 2004); y la construcción pasa por la propuesta. Es decir, si la opinión es inherente al derecho, la norma aparece como opinión impuesta. Habría entonces una función del experto (poco reconocida) que transforma la producción del saber de los peritos en producción directa de normas: una “*expertise* instituyente”, según Castel (1991); quien señala además que, otorgando una función instituyente a la *expertise*, se corre el riesgo de institucionalizar una confusión entre tres instancias: la del conocimiento o del saber, la de la decisión o el poder, y la del derecho.

Conclusión

En cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, se trataba de confrontar el derecho (internacional) contra la ley (nacional): es decir, que la lucha por la legalidad pasa por una nueva definición de la legitimidad proveniente de los derechos fundamentales y garantizados por la Declaración de los Derechos Humanos. Surgen así varias preguntas: ¿en qué sentido este Derecho debe ser considerado como legítimo?, ¿no habría una confusión entre derecho y moral?, ¿entre derecho y política? Los derechos fundamentales parecieran tener un estatus especial: comparten validez universal, es decir, regulan materias que son de un nivel de generalidad tal que los argumentos morales bastan para fundarlos, sin embargo, ese modo de justificación no priva los derechos fundamentales de su calidad jurídica y no los transforma en normas morales. Las normas jurídicas conservan su forma jurídica, poco importa el tipo de razones que permita fundar su pretensión de legitimidad.

En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer la titularidad de sus derechos y que éstos obligan al Estado. Al introducir este concepto se cambia la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. En el caso de este artículo, el objetivo es reconocer el derecho a la justicia de las víctimas de la dictadura el cual ha sido vulnerado por los sucesivos gobiernos.

Finalmente, el derecho es también un conjunto de prácticas organizadas por reglas que producen una verdad jurídica. La historia política se transforma en una historia legal, y así reconstruye una nueva memoria como término de un pasado político. Las democracias constitucionales son un experimento de tensión constante entre la promoción de la diversidad y la búsqueda de un relato común. Pero las posibilidades de éxito para que un relato del pasado no democrático se consolide como relato común, son sensibles a la calidad democrática de los procedimientos de construcción de ese relato. Las recientes reformas del sistema de justicia en cuanto a su funcionamiento y a sus miembros, son un paso en este sentido. Sin embargo, aún queda mucho por hacer.

Bibliografía

Legislación

Ley de Punto Final, ley 23.492, diciembre de 1986.

Ley de Obediencia Debida, ley 23.521, junio de 1987.

Ley sobre la Desaparición Forzada de Personas, ley 24.321, mayo de 1994.

Ley de derogación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, ley 25.779, marzo de 1998.

Instrumentos jurídicos

Constitución Argentina (Reforma agosto de 1994).

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, junio de 1994.

Declaración sobre la Protección de todas las personas de sur la Protección de todas las personas de desapariciones forzadas, Asamblea General de la ONU, diciembre de 1992.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptada en Roma, julio de 1998.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Velásquez Rodríguez”, 29 de julio de 1988.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Caso Simón”, Declaración de nulidad de las leyes de impunidad, junio de 2005.

Sentencia del juez federal Cavallo “Caso Simón”, Declaración de nulidad de las leyes de impunidad, noviembre de 2001.

Sentencia del Procurador General de la Nación Becerra, noviembre de 2002.

Sentencia Ekmekdjian *versus* Sofovich, julio de 1992.

Entrevistas

Entrevista 1: Abogado y filósofo del derecho. Universidad de Yale. Profesor de Filosofía del Derecho (25/08/2005).

Entrevista 2: Juez comprometido en el juzgamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad (09/09/2005).

Libros y artículos

Abramovich, Víctor, 2006, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL* núm. 88, abril, Naciones Unidas.

Abregú Martín, Curtis Christian (dir.), 2001, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto.

Acuña, Carlos, 2002, “Transitional Justice in Argentina and Chile: a Never Ending Story?”, Documento de Trabajo, núm. 20, Prov. Buenos Aires, Universidad de San Andrés.

Acuña, Carlos, 2000, “Lo que el juicio nos dejó”, en *Puentes*, (2), Buenos Aires, pp. 82-87.

Alegre, Marcelo, 2003, El caso Pinochet: ¿justicia nacional o impunidad?, en *Los Dilemas morales de la Justicia internacional*, Buenos Aires, CIEPP, pp. 55-64.

Arendt, Hannah, 1966, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, París, Gallimard.

- Calveiro, Pilar, 1998, *Poder y desaparición*, Buenos Aires, Colihue.
- Castro García, Antonia, 2002, *La mort lente des disparus au Chili: sous la négociation civils-militaires, 1973-2002*, París, Maisoinneuve et Larousse.
- Castro García, Antonia, 2001, “¿Quiénes son? Los desaparecidos en la trama política chilena”, en Flier P. y Groppo Bruno (comps.), *La imposibilidad del olvido*, La Plata, Ed. Al Margen.
- CELS, (1997), *Verdad y justicia, Homenaje a E. Mignone*, San José, Del puerto.
- Cortázar, Julio, 1981, “Negación del olvido”, Introducción al Coloquio de París.
- Delmas Marty, Mireille y Antonio Cassese, 2002, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, PUF.
- Delmas-Marty, Mireille, 1994, “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 3, julio-septiembre, Francia, pp. 59-67.
- Dezalay, Yves y Brian G. Garth, 2002, *La mondialisation des guerres de palais*, París, Seuil.
- Dworkin, Ronald, 1996, *Une question de principe*, París, PUF.
- Dworkin, Ronald, 1994, *L’empire du droit*, París, PUF.
- Flier, Patricia y Bruno Groppo (comps.), 2001, *La imposibilidad del olvido*, La Plata, Ed. Al Margen.
- Garapon, Antoine y Julie Allard, 2005, *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, París, Seuil.
- Garapon, Antoine, 2002, *Des crimes qu’on ne peut ni punir ni pardonner: pour une justice internationale*, París, Odile Jacob.
- Grupo de Iniciativa, 1989, *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Coloquio de Buenos Aires, 10 al 13 de octubre 1988, Buenos Aires, Paz Producciones.

- Habermas, J., 1996, *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée Kantienne*, París, Cerf.
- Jelín, Elizabeth, 2001, "La política de la memoria", *Puentes*, año 1, núm. 4, Argentina, pp. 6-13.
- Jurovics, Yann, 2002, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, París, LGDJ.
- Kant, Emmanuel, 1958, *Vers la paix perpétuelle*, París, PUF.
- Keck, Margaret y Kathrine Sikkink, 1998, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press.
- Lefranc, Sandrine, 2002, *Politiques du pardon*, París, PUF.
- Malarino, Esteban, 2003, "Argentina", en Ambos Kai M. E. (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Bonn, Konrad Adenauer Stiftung E.V.
- Massé, Michel, 2002, "L'évolution de la notion de crimes contre l'humanité", en Salas (D.) y Jean Jean P., *Barbie, Towier, Papón, procès pour une mémoire collective*, París, Autrement.
- Méndez, Juan, 2001, "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos", en APRODEM, *El reto de la Verdad y la Justicia*, Lima, FIDH.
- Nietzsche, F., 1987, *Genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, p. 87.
- Nino, Carlos, 1996, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Emecé.
- Ost, François, 1999, *Le temps du droit*, París, Odile Jacob, pp. 43 y 153.
- Roth-Arriaza, Naomi, 2005, *The Effect Pinochet*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Törnquist-Chesnier, Marie, 2004, *Expertise et éthique dans la fabrication du droit international public: la contribution des organisations non gouvernementales: trois cas d'étude*, Tesis doctoral no publicada, IEP en París.

Recibido el 06 de julio de 2007.
Aceptado el 17 de septiembre de 2007.