

## EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN AMÉRICA LATINA: LA LUCHA DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES GUIANDO LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

### THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: SOCIAL MOVEMENTS STRUGGLE GUIDING TRANSITIONAL JUSTICE

Emilio Peluso Neder Meyer<sup>1</sup>

**Resumen:** en lo que se sigue, la judicialización de la justicia de transición es discutida en un panorama latinoamericano. La hipótesis sostenida es la que la judicialización sirve también al cumplimiento de una exigencia democrática, mientras que mismo en los casos en que la rama judicial no es sencilla a las demandas de movimientos sociales, eso puede impulsar la lucha por derechos, principalmente se es posible admitir la tesis de autores como Siegel y Post. Fenómenos como *backlash*, acaso debidamente contextualizados, pueden bien explicar como jueces cambian de posición, pasando a abrigar demandas de justicia, mismo en contextos de justicia de transición de larga duración.

**Palabras clave:** justicia transicional; derechos humanos; rama judicial; constitucionalismo democrático.

**Abstract:** in the following, the judicialization of transitional justice is discussed in a Latin-American landscape. The hypothesis that is defended is that the judicialization serves as well to the accomplishment of a democratic demand, in the sense that even in cases where the Judiciary branch is not sensible to the lawsuits filed by social movements, this can boost the struggle for rights, especially if one admits the thesis of authors like Siegel and Post. Phenomena like *backlash*, if adequately contextualized, can well explain how judges change their positions, starting to give shelter to justice demands, even in long term transitional justice contexts.

**Keywords:** transitional justice; human rights; Judiciary branch; democratic constitutionalism.

#### 1. Introducción

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto de la Universidad Federal de Minas Gerais. Coordinador del Centro de Estudios en Justicia Transicional (<http://cjt.ufmg.br>). Maestro y Doctor en Derecho por la UFMG.

La temática de judicialización de las relaciones sociales atraviesa una buena parte de las recientes pesquisas desarrolladas en las áreas del Derecho y de la Ciencia Política. En el caso brasileño, hay una cierta inmersión en la discusión principalmente después de la Constitución de 1988.<sup>2</sup> Recordemos que esto puede ser debitado al hecho de que incluso la dictadura de 1964-1985 intentó evitar la judicialización por intermedio de los actos de excepción: el post-numerado Acto Institucional (AI) n° 1/1964 restringía la judicialización de la suspensión de las garantías de tenencia e inamovilidad en su artículo 7º, § 4º, como también abastaba el controle de la suspensión de derechos políticos en lo artículo 10; el AI n° 2/1965 profundizó excesivamente el rechazo del control jurisdiccional, no permitiendo la discusión de cualquier acto de la falsa “revolución” con base en lo AI n° 1/1964, en el propio AI 2 y en los actos complementares.<sup>3</sup>

Más específicamente, se puede decir que la judicialización da la justicia de transición tiene que ver con la búsqueda por implementar medidas de transición por intermedio de actos o decisiones de la rama judicial. Inicialmente, es necesario considerar que se está hablando de uno camino en que se discute la legitimidad de la actividad jurisdiccional: con efecto, en la mayoría de los casos, lo que está involucrado en este fenómeno es la consolidación y efectuación de derechos fundamentales y derechos humanos definidos en Constituciones y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La temática de la judicialización de la justicia de transición tiene cada vez más ganado destaque, siendo, por ejemplo, objeto del informe de la Red Latino-Americana de Justicia de Transición, en el bienio 2014-2015.<sup>4</sup>

Katya Kozicki escribe desde un importante *insight* en lo que recorre metodológicamente al concepto de *backlash*, propio del constitucionalismo democrático de autores como Reva Siegel e Robert Post, visando demostrar as reacciones a los juzgados como una forma de dar nuevos contornos a conceptos inherentes al constitucionalismo.<sup>5</sup> El objetivo es explicar que el

<sup>2</sup> Cf., por ejemplo, Rodriguez (2013); Streck (2013); y, Brandão (2012).

<sup>3</sup> Para una análisis de las contradicciones presentes en ese rechazo, cf. Paixão y Barbosa (2008, 57-78).

<sup>4</sup> Informe aun a ser publicado en la fecha de escrita de ese texto (Osma 2015). Cf. <http://www.rlajt.com>; la Red, con todo, publicó sus recomendaciones sobre judicialización: <http://www.rlajt.com/public/arquivos/8706c1d8.pdf> (acceso 27/2/2015).

<sup>5</sup> “O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizadas no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro

fallo del Supremo Tribunal Federal brasileño (STF) en la ADPF<sup>6</sup> 153 provocó inúmeras reacciones en la sociedad brasileña en lo respecto de como concebir el concepto constitucional de amnistía. Añadiése a ese fallo el efecto causado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) en el Caso Gomes Lund.<sup>7</sup> Kozicki presenta hechos como el envío al Congreso Nacional brasileño por la Presidencia de la República del Proyecto de Ley n° 7.376/2010, que resultaría en la Ley 12.528/2011, instituidora de la Comisión Nacional de la Verdad; reacciones de escracho de apoyadores de la dictadura en las calles; iniciativas legislativas visando à exclusión de cobertura legal de la amnistía de los autores de crímenes contra la humanidad; entre otros acontecimientos.

El presente artículo busca, desde esa perspectiva, problematizar la cuestión de la judicialización de la justicia de transición en una perspectiva más amplia en la América Latina, centrando en reacciones que terminaran en demandas judiciales. Centralizaremos nuestra análisis en Brasil, en Argentina, en Chile y en Uruguay. De esa forma, discutiremos algunas causas para el fenómeno de la judicialización de la justicia de transición, principalmente en relación al control de constitucionalidad; en seguida, traeremos a luz la relación entre constitucionalismo, judicialización y justicia de transición; serán presentados también casos latino-americanos de judicialización de la justicia de transición, intentándose diseñar el enmarañado camino por lo cuál pasos son dados adelante y para tras; al fin, retomaremos los presupuestos metodológicos del constitucionalismo democrático, buscando verificar el impacto de sus construcciones para la problemática específica de la justicia de transición.

## 2. Legitimidad del Controle Judicial de Constitucionalidad

La judicialização presentase como un fenómeno que puede *validar* o *invalidar* políticas practicadas pelas ramas ejecutiva y legislativa. Tratase, sobretudo, de actividades de *control judicial de constitucionalidad* de políticas legislativas, de *control de legalidad* de políticas

---

dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático” (KOZICKI, 193-194).

<sup>6</sup> Demanda de incumplimiento de precepto fundamental (“arguição de descumprimento de preceito fundamental” o ADPF) una demanda del control concentrado de constitucionalidad, juzgada por la Suprema Corte brasileña, el Supremo Tribunal Federal.

<sup>7</sup> Para una discusión detallada de esas decisiones, cf. Meyer (2012).

executivas o, en ambos los casos, de lo que se viene llamando de *control de convencionalidad*.<sup>8</sup> Es cierto que pueden haber casos en los que la judicialización ocurrirá no con base en un cuestionamiento de políticas públicas; él puede estar aliado a un atraso en ese campo (algo, en general, posible en términos de justicia de transición), por ejemplo, lo que habría con que el fallo solamente confirmase una disposición constitucional o legal. Pero mismo esa confirmación, pura y simple, es referente a una corrección que hace imperar coercitivamente lo que se tiene rechazado o ignorado el legislativo o el ejecutivo.

En lo que respecta al ejercicio por la rama judicial de las modalidades de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, ya se ha consolidado hace mucho un debate de legitimidad que puede ser llamado, de un modo reduccionista, de *dificultad contramayoritarista*: como pódese legitimar la acción de autoridades públicas no elegidas que invalidan decisiones de autoridades públicas ungidas por el voto? Empecemos con la advertencia de que, sin embargo, la propia manera de ver en esta cuestión una supuesta paradoja o una supuesta dificultad puede tener implicaciones para el fenómeno de la judicialización de la justicia de transición.

En una reducción drástica, podemos asumir determinados presupuestos necesarios al objeto investigado sin tener que, ahora, discutir con más profundidad el tema. Así, la idea de una “dificultad” contramayoritarista surge con Alexander Bickel (1986), refutándose un carácter democrático para el control de constitucionalidad (Zurn 2007, 4). Además, uno debe destacar la posición de Jeremy Waldron, por la cual prevalecería una desconfianza altísima con la posibilidad de una legitimidad de una jurisdicción constitucional insensible a un incidente “desacuerdo razonable” de las democracias pluralistas actuales. Aumentando el papel de lo que se podría llamar de un “majoritarianismo” en la rama legislativa, Waldron tiene dudas que un órgano formado por técnicos especializados pueda ser el *locus* más adecuado para trabajar con tal desacuerdo razonable.<sup>9</sup>

De otra parte, uno puede ver en autores como Ronald Dworkin, aunque una fuerte crítica al papel de los jueces, la sustentación de una defensa de las cortes como “fóruns de principio”.

---

<sup>8</sup> Para una crítica de la dualidad *controle de constitucionalidad* y *control de convencionalidad*, cf. Patrus (2016).

<sup>9</sup> “Por lo contrario, en los Estados Unidos el pueblo o su representantes en legislaturas estatales y federales pueden reivindicar esas cuestiones se preferiren, pero ellos no tienen ninguna certeza de que su decisiones irán prevalecer. Si alguien que discuerda con la decisión legislativa decide traer la cuestión ante una corte, la visión que prevalecerá, al fin, será aquella de los jueces”. Tradução livre de: “By contrast, in the United States the people or their representatives in state and federal legislatures can address these questions if they like, but they have no certainty that their decisions will prevail. If someone who disagrees with the legislative resolution decides to bring the matter before a court, the view that finally prevails will be that of the judges” (Waldron 2006, 1.350).

En la medida en que deban juzgar de acuerdo con “argumentos de principio” e no “argumentos de política”, defendiese un papel prominente en la defensa de derechos fundamentales, ya que las decisiones de mayoría deben demostrar por todos los miembros de la comunidad igual consideración y respecto.<sup>10</sup> Legislaturas pueden no desarrollar adecuadamente debates sobre los principios que gobiernan una comunidad, contando con decisiones, muchas veces, influenciadas por grupos de poder e permitiendo soluciones de compromiso que corroen la fuerza deontológica de las normas jurídicas (Zurn 2007, 117).

Esta segunda comprensión nos parece más adecuada, pero es posible complementarla. Jürgen Habermas, por ejemplo, partirá de una concepción de legitimidad procedimental basada en los principios del discurso y de la democracia con intento de enfatizar que la soberanía popular debe mucho más a una idea de democracia deliberativa que a una perspectiva meramente de agregación. Individuos que buscan regular legítimamente sus relaciones por intermedio del derecho recurrirán a una estructura constitucional de cinco principales derechos fundamentales: a) derechos a un mayor grado posible de iguales libertades de acción; b) derechos de nacionalidad; c) garantías judiciales; d) derechos de participación como concretización de la autonomía política; e) derechos sociales que proporcionen el usufructo de las demás categorías (Meyer 2008, 196; Habermas 1998).

Desde una lectura que no ve una paradoja entre derechos y democracia, todavía una tensión constitutiva, es posible justificar el ejercicio de la función judicial en el campo del control de constitucionalidad como una reconstrucción que trate la tensión, al revés de elegir solamente un de los lados (como ocurriría en una perspectiva liberal o republicana).<sup>11</sup> Si los actos estatales son legítimos desde que resulten de procedimientos justos y imparciales, el incumplimiento de tales requisitos ya puede ser una lesión de los derechos fundamentales arrollados de “a” a “e”, autorizando un rescate correctivo en esos términos, como sustenta Christopher Zurn (2007, 237).

Es lo mismo autor quien aseverará la importancia de una concepción de la actuación de la rama judicial frente al control de constitucionalidad que ponga en destaque los elementos que serían centrales para el Constitucionalismo: Estado de Derecho (*rule of law*); supremacía

---

<sup>10</sup> Cf. Dworkin (1996); Dworkin (1986).

<sup>11</sup> “A tese aqui defendida é a de que a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o *devido processo legislativo*, o *devido processo constitucional* e os *direitos fundamentais*, no sentido de que *constitucionalismo e democracia* não são concorrentes, mas faces de uma mesma moeda: os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários das normas são seus próprios autores” (Cattoni de Oliveira 2014, 206-207, destaques del original).

constitucional; organización política; e, derechos fundamentales (Zurn 2007, 84). Este reconocimiento es nuclear, ya que él tendrá impacto en la forma como se relaciona justicia de transición, judicialización y Constitucionalismo.

### **3. Justicia de Transición, Judicialización y Constitucionalismo**

Como destaca Ruti G. Teitel (2014, 182), aún que el Constitucionalismo tenga se formado en el curso de la definición de variados conceptos (federalismo, separación de poderes, control judicial de constitucionalidad, derechos fundamentales), verificase que, con la llamada “tercera onda” de democratización (Huntington), hay una expansión de la preocupación dirigida a *state action* para abarcar también la “inacción estatal”. Esto sería debido, principalmente, a una incidencia de *accountability* ante el Derecho Internacional, tiendo reflejos en cuestiones de identidad individual y colectiva ante la Constitución, destacándose derechos que puedan tratar adecuadamente de conflictos y respuestas a la violencia estatal. Si esta preocupación fue, en cierto momento, con abusos monárquicos pasados, ella pasa a ser, más adelante, con los excesos del nacional-socialismo. Límites a libertad de expresión, en lo que Loewenstein llamó de “democracia militante” (Hailbronner 2014, 631), integran el panorama de un Constitucionalismo inserto en la justicia de transición; tal Constitucionalismo tiene como destinatarios no solamente actores estatales, pero también actores no estatales cuando se habla de la imposición de límites.

Los diversos cambios ocasionados en relación a la responsabilidad criminal individual demuestran el impacto sobre el Constitucionalismo. La expansión de esta demanda aparece con la expansión de la jurisdicción de tribunales *ad hoc*, como aconteció en el caso *Prosecutor v. Tadic*, en que el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia iría abrazar también casos envolviendo conflictos internos, divergiendo de la tradición del Derecho Internacional; en lo mismo modo, con la aplicación de las disposiciones de las Convenciones de Ginebra para los detenidos en Guantánamo por medio de el fallo de la Suprema Corte estadounidense en *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) (Teitel 2014, 184); pódese añadir la forma como el Parlamento uruguayo buscó, en un primer momento, adhirió a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (CteIDH) en el Caso Gelman v. Uruguay, con la aprobación de la Ley 18.831/2011 (Meyer 2012, 86; CtIDH, 2011).<sup>12</sup>

Aunque Teitel concluya superficialmente sobre lo ocurrido en Brasil en relación al fallo del Supremo Tribunal Federal (STF) en la ADPF 153 y la sentencia de la CteIDH en *Gomes Lund*, ella destaca que el Constitucionalismo transicional puede verse ante la situación en que es necesario, con el transcurso del tiempo, mover las demandas ante el Estado para la acción de los propios miembros de la comunidad política. No es sorprendente, en este campo, así, que la vía judicial (interna o internacional), solamente venga a actuar debajo de provocación. De esta forma, casos como *Velasquez-Rodríguez* y *Barrios Altos* demuestran como la CteIDH asocia los derechos a protección de la integridad personal a las garantías judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos, asociación esta que impacta directamente en el Constitucionalismo de los diversos países latino-americanos. Además, en el propio caso *Gomes Lund*, esta asociación se mantiene. Solamente como ilustración:

- a) *Barrios Altos*: “La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía ~~adidas por el Estado~~ ~~impidieron~~ familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso” (CteDH 2001, 15);
- b) *Velásquez-Rodríguez*: “Ha quedado comprobada, como ya lo ha verificado la Corte anteriormente, la abstención del poder Judicial para atender los recursos introducidos ante diversos tribunales en el presente caso. Ningún recurso de exhibición personal fue tramitado. Ningún juez tuvo acceso a los lugares donde eventualmente pudiera haber estado detenido Manfredo Velásquez. La investigación criminal que se abrió concluyó en un sobreseimiento” (CteIDH 1988, 26);
- c) *Gomes Lund*: “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación

---

<sup>12</sup> La Ley 18.831/2011 tendría, con todo, dispositivos concernientes a los crímenes contra la humanidad y su imprescriptibilidad declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte uruguaya, en 2013, como se verá adelante.

con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma” (CteIDH 2010, 116).

Pódese añadir que la creciente relación de fallos nacionales y internacionales con foros e normas también nacionales y internacionales impacta directamente en el modo como el Constitucionalismo se despliega: parece haber, tomando por referencia las órdenes constitucionales internas, un movimiento tanto centrípeto, desde los tribunales como Núremberg, los Tribunales Penales Internacionales para Ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional, como centrífugo, con los ejemplos de jurisdicción universal desde España, Francia, Bélgica y Dinamarca (Meyer 2014). En el concepto jurídico de “crímenes contra la humanidad”, por ejemplo, es posible desarrollar una narrativa que laza normas internacionales de tratados, normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* a las reivindicaciones normativas internas de un Constitucionalismo no ensimismado.

Como apunta Teitel (2014, 196), se un primero momento del Constitucionalismo pos-autoritario si ocupó de uno claro establecimiento de una noción de Estado de Derecho (en nivel constitucional) que pudiese controlar arbitrariedades estatales, en un segundo momento, la cuestión primordial fue definir la responsabilidad estatal del régimen anterior por crímenes contra la humanidad – aquí, por supuesto, con implicaciones para la responsabilidad individual. Sin necesariamente requerir una imposición pura y simple del Derecho Internacional, pero, pretendiendo destacar el aspecto interpretativo de sus normas, Ruti Teitel (2014, XIX) sitúa bien el problema:

Aun, mismo en casos de fracasa político, el Derecho Internacional en si no es tampoco una norma universal tampoco una norma absoluta; por lo contrario, el Derecho Internacional contempla interpretación. Sin duda, el surgimiento de instituciones de judicialización permite una consideración caso a caso, en la cual, al fin, esas respuestas

deben ser medidas por el objetivo de cambio en una dirección más liberal, juntamente con objetivos relevantes como un instrumento de seguridad humana.<sup>13</sup>

La cuestión es que, en ese campo, parece que la rama judicial puede ofrecer la *línea conductora* para la reconstrucción del Constitucionalismo impulsada por la justicia de transición. Es claro que inúmeras políticas públicas transicionales independenrán de la actividad judicial. Sin embargo, la certificación y la solución de demandas relacionadas con la temática dependerá, en último lugar, de una decisión de la rama judicial. *Pari passu* con esas demandas localizase un fenómeno de cambio de dimensión, debido, justamente, a la expansión de las relaciones jurídicas permeadas por la Constitución y a tentativas de democratización. En el campo de esas últimas, es preciso reconocer que activistas, organizaciones de derechos humanos y otros sectores de la sociedad fatalmente usarán de sus garantías judiciales de acceso para provocaren aquello poder inerte a resolver las equivocadas interpretaciones y omisiones de las demás ramas.

Es posible condensar el movimiento de dirección de demandas sociales hasta la rama judicial por medio de lo que se acostumbró llamar de “judicialización de la política”. En un estudio específico sobre la cuestión en la América Latina, Couso, Huneeus y Sieder (2010, 9) exponen dos aspectos de la judicialización de la política: a) de un lado, las cortes han asumido un papel protagonista que puede ser descrito como el de lo defensor de “normas constitucionales”, derechos y árbitro de conflictos sociales y políticos; b) de otro lado, un segundo aspecto denota un crecimiento en el uso del derecho, de los discursos jurídicos y demandas por una serie de actores sociales, como políticos, movimientos sociales e individuos.

Además, no obstante una consolidación de una “cultura jurídica” colonial, tres factores se destacan en la judicialización actual: 1) la expansión del dominio de la vida social y política articulado en términos de un discurso jurídico; 2) la expansión del tipo y número de garantías judiciales disponibles; 3) un uso estratégico más frecuente de discursos e instrumentos jurídicos en luchas políticas. *Ad 1)*, no será sorprendente que los autores concluyan, mas allá de la expansión empujada por litigios, por ejemplo, relativos al derecho a salud o educación, que demandas transicionales estén presentes:

Otra area de la vida social que tiene sido judicializada solamente en los años recientes es la lucha contra legados autoritarios. En Argentina, en Brasil, en Chile, en El Salvador, en

---

<sup>13</sup> Traducción libre de: “Yet, even in instances of political failure, international law itself is neither one universal norm nor an absolute; instead, international law contemplates interpretation. Indeed, the rise in institutions of judicialization allows for case-by-case consideration, where ultimately these responses ought to be measured by the aim of change in a more liberalizing direction together with relevant goals such as a measure of human security” (Teitel, XIX).

Perú y en Uruguay, entre otros países, una parte importante del trabajo actual de jueces criminales y civiles envuelve el juzgamiento de crímenes practicados por antiguos miembros de los regímenes represivos, de modo que la extensión del derecho sobre el dominio político no es solamente mayor en presente, todavía estiran hasta el pasado. La judicialización también llega más alto en la jerarquía del poder. Esfuerzos incluyen juzgamientos contra jefes de Estado, tal vez culminando en los juzgamientos de Augusto Pinochet en Chile y Alberto Fujimori en Perú, donde el derecho estuvo, por la primera vez, enredado, condenando antiguos líderes políticos en la región. (Couso, Huneeus y Sieder 2010, 10)<sup>14</sup>

No hay, así, como disociar los efectos de la judicialización de la justicia de transición sobre el Constitucionalismo en la región latinoamericana.

#### **4. Judicialização da Justicia de Transición: Casos Latinoamericanos Comparados**

Comprobada la correlación de la justicia de transición con el proceso de redefinición del Constitucionalismo por medio de la judicialización, veamos algunos ejemplos latinoamericanos como referencia. Para tanto, partiremos de la hipótesis de que el tratamiento de graves violaciones de derechos humanos practicadas por regímenes de excepción como crímenes contra la humanidad tiene efectiva repercusión en el modo como las prácticas judiciales provocadas por actores sociales son respondidas pela rama judicial.

##### **4.1. Judicialización en Argentina**

El caso argentino es paradigmático. En un primero momento, la judicialización se concentró en la responsabilidad al tiempo inédita de jefes de Estado, permitiendo, de cierta forma, la construcción del Constitucionalismo sobre una base “liberal” en que el luto es jurídicamente vivido por la memoria sobre la privación de derechos y sobre la reflexión a respecto del proyecto de vida inconcluso a partir de tal restricción. “Haciendo esto, el Derecho Penal contribuye significativamente para la solidaridad social que es basada en compromisos compartidos con principios liberales de mutuo respeto y consideración entre individuos” (Osiel

---

<sup>14</sup> Traducción libre de: “Another area of social life that has been judicialized only in recent years is the struggle over authoritarian legacies. In Argentina, Brazil, Chile, El Salvador, Peru, and Uruguay, among others, an important part of the current work of the criminal and civil judges involves adjudication of crimes committed by former members of repressive regimes, so that law's reach into the political domain not only is now wider in the present but stretches further back in time. It also reaches higher into the hierarchy of power. Efforts include trials against heads of state, perhaps culminating in the trials against Augusto Pinochet in Chile and Alberto Fujimori in Peru, wherein law has, for the first time, entangled and condemned former political leaders in the region” (Couso, Huneeus y Sieder 2010, 10).

2000, 68).<sup>15</sup> El juzgamiento de las juntas tuvo un importante papel con ese sentido, pavimentando el camino para que se pudiese trabajar debidamente con contratiempos para la justicia de transición.

Efectivamente, sería la Ley 23.040/1983 que revocaría la auto-ampnistía establecida en la Ley 22.924/1983 y permitiría, en un primero momento, el proceso y la responsabilidad de oficiales de alta patente, como Videla, Massera e Agosti. Esas condenas llevaran a la insatisfacción de ciertos sectores que propugnarán por las llamadas leyes del “punto final” y de “obediencia debida”. La Ley 23.492/1986 establecía un plazo de sesenta días para la caducidad de demandas iniciadas en la justicia argentina; por su vez, la Ley 23.521/1987 establecía una presunción de obediencia jerárquica que podría rechazar la responsabilidad de agentes públicos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirmó la validez de estas leyes en el juzgamiento del caso Ramón Camps (Roht-Arriaza 2005, 97). Ese fallo fundamentó sé en tres argumentos: a) no sería papel de la rama judicial rever una decisión política congresal; b) el legislador era libre tanto para sancionar penalmente ciertas conductas, como para líbralas de la punición; c) no cabría también a los jueces usurpar una decisión política legislativa en un dado momento histórico. Vale registrar que el Juez Antonio Bacqué disenta de la mayoría sustentando el papel de la rama judicial diseñado en el precedente estadounidense de *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)]: cabería a los jueces decir cual es el significado del derecho en una democracia constitucional. La presunción absoluta de que ciertos hechos eran verídicos definida pelas leyes en cuestión violaría el dispuesto en lo artículo 29 de la Constitución argentina<sup>16</sup>. Además, la amnistía establecida era inválida, ya que tanto alcanzaba demandas civiles cuanto se extendía a los actos no pasibles de amnistía, como la tortura.

Durante el Gobierno Carlos Menem, diversos condenados fueran beneficiados por indultos. El advenio de la Reforma Constitucional de 1994 iría constitucionalizar diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos firmados por la República argentina. A cláusula “en las condiciones de su vigencia”, presente en el nuevo artículo 75, inciso 22, del Texto Constitucional, abriría espacio para el entendimiento de que tales tratados deberían

---

<sup>15</sup> Traducción libre de: “In doing so, criminal law contributes significantly to the social solidarity that is based on shared commitments to liberal principles of mutual respect and concern among individuals” (Osiel 2000, 68).

<sup>16</sup> “Artículo 29º.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetaran a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

ser interpretados a la luz de lo que establecen los órganos internacionales responsables por su aplicación y no lo que definido por los jueces argentinos.<sup>17</sup> Otro hecho que contribuyó para ese cambio paradigmático fue la forma como Argentina había se tornado un sitio seguro para criminosos de guerra nazistas, siendo, al fin de la década de 1980 e inicio de 1990, presionada a deferir las extradiciones de Joseph Schwamberger y Erich Priebke.

Mismo ante la posición inicialmente refractaria de la Suprema Corte argentina, varios actores institucionales y sociales continuaran buscando espacios de acción en el derecho establecido. Es el caso de CELS – Centro de Estudios Legales y Sociales, responsable por concretizar demandas civiles que llevarían a los “juicios pela verdad”.

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), el primero momento en que sembró la normativa del Derecho Internacional fue en el juzgamiento del Caso Arancibia Clavel (Argentina 2005):

Em sua decisão, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJN) declarou que os Estados, incluindo a Argentina, vinham reduzindo seu âmbito de soberania pela adesão a tratados internacionais de direitos humanos, dando corpo, com isso, à institucionalização de um direito costumeiro internacional dos direitos humanos. Além disso, a paulatina incorporação de tais direitos não se daria apenas da ótica do direito local, mas sim com um interrelacionamento que congregava diversas nações em torno da proteção do gênero humano, é dizer, a aceitação de valores que alcançariam tais Estados pelo mero fato de pertencerem à comunidade internacional. (Meyer 2012, 90)

La aprobación por el Congreso Nacional argentino de la Ley 25.779/2003 ocurrió con previo debate parlamentar sobre la incidencia da normativa de Derecho Internacional. Eso fue rememorado por la CSJN en el juzgamiento del consagrado Caso *Símon* (Argentina 2005b). Para proceder al interrogatorio de *Símon* e *Del Cerro*, el juez de primero grado declaró la invalidad de las leyes de “punto final” y “obediencia debida” ante la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura e Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Deshumanas o Degradantes; y más, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Argentina, reconoció la inconstitucionalidad y la nulidad de aquellas normas. Eso demuestra la posibilidad de que el control de constitucionalidad pudiese funcionar en un modelo de fuerza centrípeta, en que las instancias inferiores “inspirarían” las instancias superiores.

---

<sup>17</sup> Véase que el artículo 39, número 1, de la Constitución Sudafricana de 1996, en un claro contexto transicional, establece que la rama judicial de aquello país, al interpretar la declaración constitucional de derechos, *debe* considerar el Derecho Internacional y *puede* considerar el derecho extranjero.

Ya la CSJN entendió que la ley de “obediencia debida” visaba convalidar una decisión de la rama ejecutiva de declarar la impunidad de personas del medio militar, pero que ella estaba marcada por “serias falencias”. No se podría considerar que normas de jerarquía pudiesen perdonar acciones de contenido ilícito claro, actos atroces o aberrantes totalmente contrarios a la Constitución. Desde la adopción de la ley hasta el presente, el sistema jurídico argentino fue impactado por cambios importantísimos que exigían una revisión de cualquier decisión institucional en sentido contrario. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente impulsado por el dispositivo del artículo 25, inciso 22, de la Constitución Argentina, no permitiría la manutención de restricciones como aquellas de las leyes de obediencia debida y punto final. Aun que la rama legislativa detuviese la prerrogativa de establecer amnistías, no podría hacerlo en los moldes anteriores. La base de ese cambio de entendimiento estaría también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De modo semejante, la CSJN actuaría en relación a otro importante precedente, el Caso Mazzeo (Argentina 2007):

Diversos autores pessoas físicas, assim como a Liga Argentina por los Derechos Humanos, pleiteavam a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 1.002/1989, que concedera indulto ao General Santiago Omar Riveros, entre outros agentes. O Juzgado Federal nº 2 de San Martín já havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade buscada, afastando, inclusive, quaisquer outros óbices que pudessem embaraçar a investigação e punição dos fatos nos quais estava envolvido Riveros. A Câmara Federal de Apelações de San Martín havia revisto tal decisão de primeiro grau; já a Câmara Nacional de Casación Penal reformara esta última decisão, tendo a causa chegado à CSJN. Esta, novamente, enfatizou que tanto o Direito Internacional Humanitário como o Direito Internacional dos Direitos humanos têm exigido dos atores da comunidade internacional a persecução, investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. (Meyer 2012, 93)

Las repercusiones de tales juzgamientos para la judicialización de la justicia de transición fueran enormes. Los números de la Procuraduría de Crímenes Contra La Humanidad do Ministerio Público Fiscal argentino indican 554 condenaciones entre 2006 y 2014 (Argentina 2014).

#### **4.2. Judicialización en Uruguay**

En Uruguay, las Leyes 15.737 y 15.848 de 1986 (esa última conocida como “Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva do Estado”) buscaran establecer auto-amnistías. En la fecha

de 16 de abril de 1989, la mayoría del pueblo uruguayo votó por la manutención de esa última ley; pero en 19 de octubre de 2009, la Ley 15.848/1986 fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en el caso Sabalsagaray (Uruguay 2004). En seguida, en 25 de octubre de 2009, nueva mayoría manifestó por la no revocación de la ley. En 24 de febrero de 2011, con todo, la CteIDH condenó el Estado del Uruguay por los desaparecimientos forzados de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y de María Macarena Gelman García, familiares del poeta Juan Gelman.<sup>18</sup>

Dando cumplimiento a sentencia de la CteIDH, las Cámaras de Representantes e de Senadores uruguayos, con la sanción del Presidente José Mujica, aprobaron la Ley n° 18.831 de 1° de noviembre de 2011, definiendo que queda restablecida la pretensión punitiva estatal para los delitos de terrorismo de Estado practicados hasta 1° de marzo de 1985, abarcados por el artículo 1° de la Ley n° 15.848/1986. Además, la ley estableció que ningún plazo de carácter procesal o plazos de decadencia o prescripción podrían ser contados de 22 de diciembre de 1986 (fecha de vigencia de la Ley 15.848) hasta 1° de noviembre de 2011 (fecha de vigencia de la Ley 18.831). Al fin, la propia ley cuidó de caracterizar tales crímenes como de lesa humanidad en los términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con todo, en 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya declaró inconstitucionales dispositivos de la referida Ley 18.831/2011, exactamente, los constantes de los artículos 2° y 3°, entendiendo que la caracterización de los crímenes de dictadura como crímenes contra humanidad implicaba en violación de los principios de la legalidad y de la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa. Es curioso que la Suprema Corte uruguaya invocó tales normas justamente en el contexto de los sistemas regional y universal de derechos humanos. Invirtiendo la orden argumentativa y adoptando una perspectiva positivista del referido sistema, ella optó por hacer prevalecer una interpretación poco preocupada con el paño de fondo de los

---

<sup>18</sup> Gargarella (2014, 307) presenta fuertes críticas a la sentencia de la CteIDH en el caso Gelman, destacando: a) que la sentencia ignoraría decisiones democráticas del país; b) un simplismo en la justificación penal; c) la ausencia de reflexión sobre la propia legitimidad democrática de la CteIDH. No podemos dejar de registrar nuestra completa discordancia con todos los argumentos sustentados por el constitucionalista argentino, no obstante reconociendo la excelencia de su trabajo sobre el constitucionalismo latino-americano. Sus críticas: a) ignoran el camino de la justicia de transición en la América Latina y en la jurisprudencia de la CteIDH; b) están basados en una concepción restricta de democracia, normalmente solamente asociada a la regla de la mayoría; c) ignoran lo que el Derecho Penal Internacional establece cuando se trata de crímenes contra la humanidad; d) hace una relación discutible entre un tipo específico de democracia y la legitimidad de la actuación de cortes regionales y internacionales de derechos humanos, ignorando que ellas pueden contribuir con aspectos fundamentales de derechos humanos del constitucionalismo transnacional e transicional.

crímenes contra la humanidad. Y peor, ella cuestiona frontalmente la autoridad de la CteIDH para hacer imperar su lectura de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es ‘intérprete última de la Convención Americana’. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. (Uruguay 2013, 16)

La Suprema Corte de Justicia aun alegó que sería necesaria la institución de una lógica de precedentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para obligar las autoridades judiciales de aquello país. O sea, una derogación judicial clara de la integración del Estado uruguayo a lo sistema. Ese puede ser el peligro de la dualidad control de constitucionalidad/control de convencionalidad, que puede terminar por ocasionar una supresión de la propia fuerza normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ella permitiría que los propios jueces pudiesen, como hicieran, invocar normas constitucionales no afectas a teoría de los crímenes contra la humanidad para, en una lógica de deber de control de constitucionalidad, poner de lado la normativa internacional de los derechos humanos.

### **4.3. Judicialización en Chile**

En el caso de Chile, la “Ley de Amnistía”, Decreto Ley 2.191/1978, auto-amnistió servidores del Estado que tuviesen incurrido en delitos durante la vigencia del Estado de Sitio (11 de septiembre de 1973 hasta 10 de marzo de 1978). El llamado “efecto Pinochet” parece haber contribuido, aun que a largo plazo, para una reinterpretación de esa ley. La Corte Suprema chilena mantuvo, inicialmente, fiel a los dispositivos de la ley, solamente en septiembre de 1998, juzgando el caso que envolvía el secuestro de Pedro Poblete Córdoba (Chile 1998), determinar la reapertura de investigación cerrada por la Justicia Militar con base en el decreto ley de amnistía. Ella consideró que las Convenciones de Ginebra impedían que el Estado de Chile, en el largo período de Estado de Sitio, escogiese medidas que pudiesen amparar crímenes practicados contra personas determinadas o garanticen impunidad. Es cierto que el camino seguido por la Corte Suprema fue lleno de contradicciones: ella declarará la sujeción a prescripción de los crímenes contra la humanidad de desaparecimiento forzado practicados contra Ricardo Rioseco Montoya y

Luis Cotal Álvarez (Chile 2005). Solamente en diciembre de 2006, ella declararía como crímenes contra la humanidad ejecuciones extrajudiciales perpetradas por agentes de Estado (Chile 2006), fundando su fallo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – caso *Almocinad Arellano*. Esa misma jurisprudencia se mantuvo firme en el caso *José Matías Ñanco* (Chile 2007).<sup>19</sup>

Es cierto que la Corte Suprema chilena formó posteriormente una tortuosa jurisprudencia respecto la materia de prescripción. Recorriendo al artículo 103 del Código Penal chileno, la Corte Suprema pasó a considerar una “prescripción gradual” que no sería incompatible con la noción de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

De se notar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se restringió a condenar el Estado chileno en el caso *Almocinad Arellano* por crímenes de la dictadura. Lo mismo se daría en 2013, con el juzgamiento del caso *García Lucero*, en que Leopoldo García Lucero, una vez preso político e sobreviviente, acusara el Estado de omitirse en deberes de justicia y reparación. El Estado chileno fue condenado y la CteIDH fue clara en establecer que es una obligación estatal la investigación de oficio de casos de tortura, sin necesidad de provocación de la víctima (CteIDH 2013). Más recientemente, en 8 de octubre de 2015, el Estado chileno sería también condenado en el caso *Maldonado y Otros v. Chile*, en que un grupo de oficiales “constitucionalistas” fue sometido por la dictadura a condenaciones ante el Consejo de Guerra. La CteIDH determinó que reparaciones fuesen hechas y las decisiones condenatorias anuladas (CteIDH 2015).

El Informe de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de 2013 indica que, en este año, habían cerca de 1.350 causas de derechos humanos en trámite o bajo investigación, envolviendo 800 antiguos agentes de la represión. La Corte Suprema chilena juzgaría, en lo mismo año, 153 causas criminales, llegando a 140 condenaciones. Mas allá del efecto directo de la judicialización, tales demandas tendrían impacto en la justicia de transición como un todo:

Se sumó así la rendición de cuentas en tribunales a un complejo ensamblaje de políticas y prácticas estatales y sociales sobre verdad, justicia, reparaciones y memoria, que ha conformado desde 1990 un trasfondo permanente, si bien muchas veces invisibilizado, del tejido social y político nacional. (Collins et al. 2013)

---

<sup>19</sup> Para una verificación de todos esos casos, cf. Neira (2010).

Así, Chile situase en un momento de cierto avance de la judicialización de la justicia de transición.

#### 4.4. Judicialización en Brasil

En lo que respecta el hecho responsabilidad criminal individual de la justicia de transición brasileña, inúmeras son los recientes cambios. La judicialización parece ter atravesado un *boom* en los últimos años, debido a hechos, se puede arriscar decir, como la mayor visibilidad de la temática, la institucionalización aun mayor de la discusión (con inúmeras comisiones de la verdad regionales y sectoriales, así como con la propia CNV – Comisión Nacional de la Verdad) y una incansable lucha de movimientos sociales. Así, si la ADPF 153 presentó una lectura completamente equivocada de la Constitución de 1988 y su comprensión de la amnistía, el Caso Gomes Lund parece ter fomentado nuevos campos de batalla ante la rama judicial. Adoptando una tese de diferenciación de los campos de actuación de la CteIDH y del STF en la temática, el Ministerio Público Federal creyó ser necesario iniciar una lucha institucional por las condenaciones por crímenes contra la humanidad.

Así, cerca de 290 investigaciones criminales fueran instauradas y, hasta la data de cerramiento de ese texto, 20 demandas penales fueran abiertas, estando ellas en diferentes estadios, pero todas encontrando el obstáculo de jueces federales poco acostumbrados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y más preocupados en solamente cumplir el fallo del STF en la ADPF 153.<sup>20</sup> Los procedimientos investigativos envolvían cerca de 340 víctimas; más 102 víctimas no contabilizadas antes del informe de la CNV proporcionaran más investigaciones. La posición del Ministerio Público Federal aun sería reforzada con el parecer del Procurador-General de la República, Rodrigo Janot, presentado en la ADPF 320, propuesta por el PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) visando al cumplimiento en Brasil de lo que decidido en el Caso Gomes Lund por la CteIDH – más un fuerte señal de uno *backlash*, al mismo tiempo, social y institucional.

Al lado de las demandas criminales, demandas declaratorias civiles propuestas visando al esclarecimiento de hechos y determinación de responsabilidad civil envolverán casos de desaparecimiento forzado en el Araguaia, la muerte debajo de tortura de Vladimir Herzog y la

---

<sup>20</sup> Para un acompañamiento de esas demandas penales, con acceso a diversos de sus documentos, cf. el sitio electrónico del Centro de Estudios sobre Justicia de Transición de la UFMG (<http://ctj.ufmg.br>).

tortura de miembros de la familia Teles (en ese último caso, con decisión exitosa incluso en el Superior Tribunal de Justicia). En ese campo, por tanto, el suceso parece mayor. Demandas judiciales de reparación fueran propuestas en casos como el del resistente Luiz Eduardo da Rocha Merlino; tales demandas remontan a, por lo menos, la Constitución de 1988, posibilitando, incluso, la formación de jurisprudencia sobre la imprescriptibilidad (solamente civil) de la pretensión en tales casos.<sup>21</sup> Demandas de rectificación de óbito fueran también propuestas, con suceso, celebrando la Comisión Estadual de la Verdad de São Paulo Rubens Paiva acuerdo con la Defensoría Pública del Estado de São Paulo para el pleito de 150 demandas de ese tipo. Además, demandas civiles públicas (*class actions*) visando el reconocimiento de responsabilidad administrativa e civil de agentes públicos fueran propuestas en juicios federales de São Paulo.<sup>22</sup>

## 5. Judicialización y Justicia de Transición: en busca de un Constitucionalismo Democrático

Una teoría del constitucionalismo democrático parte del presupuesto de que una Constitución establece reglas del juego democrático por veces de modo inmediato; en otras situaciones, cláusulas enaltecen el papel interpretativo de dar espacio a disputas políticas e, se

---

<sup>21</sup> Cf., por ejemplo: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. DEMISSÃO EM DECORRÊNCIA DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. ART. 515, § 1º, DO CPC. INAPLICABILIDADE AO CASO EM ESPÉCIE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. A autora detém a condição de anistiada política, nos termos da Portaria nº 2.423, de 21 de dezembro de 2006, expedida pelo Ministério de Estado da Justiça, e pleiteia a indenização por danos morais, alegando ter sofrido demissão de seu trabalho em decorrência de perseguição política, pela participação em movimento grevista deflagrado em julho/1983 pelo Sindicato dos Petroleiros. 2. O art. 1º, inciso V, da Lei nº 10.559/02, ao estabelecer o regime do anistiado político, expressamente contempla a reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político. (grifado) 3. Com base na documentação acostada nos autos (em especial o documento de fl. 15) e dizeres da legislação de regência, não há dúvida de que a demandante, ora apelante, detém a condição jurídica de anistiada política. 4. In casu, merece reforma a decisão a quo, haja vista a inoccorrência de prescrição, pois trata-se de pedido de indenização por danos morais decorrente de perseguição política sofrida durante o regime de ditadura militar, lembrando que a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se pacificou no sentido da imprescritibilidade dessas ações. 5. Afastada a prescrição decretada pelo r. Juízo a quo, o Tribunal, em tese, pode pronunciar-se sobre o mérito da pretensão se a causa versar sobre matéria exclusivamente de direito e estiver em condições de julgamento imediato, consoante dispõe o art. 515, § 1º, do CPC. 6. Entretanto, não é a hipótese dos presentes autos, pois não restou estabilizada a relação processual e tampouco realizada a instrução do feito. Portanto, de rigor a reforma da sentença que reconheceu a ocorrência de prescrição, com o retorno dos autos à Vara de origem para o julgamento da pretensão indenizatória. 7. Apelo parcialmente provido apenas para reconhecer a inoccorrência da prescrição, devendo o feito baixar ao r. Juízo de origem para o seu regular processamento. (AC 00055265320144036105, JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2016 ..FONTE\_REPUBLICACAO)”.

<sup>22</sup> Las demandas civiles públicas están relacionadas en ese link: <http://www.prr3.mpf.mp.br/ditadura-militar/89-conteudo-estatico/ditadura/145-providias-cis>, acceso 27-2-2016.

puede añadir, jurídicas (Post y Siegel 2009, 26). Referenciando Robert Cover, Robert Post y Reva Siegel recuerdan que tales dispositivos instituyen un *nomos*, un espacio de actuación de la identidad constitucional que, plural que es, es siempre un sitio de disputa (Cover 1983). Es en el que se reproduce un proceso de *jurisgenesis* en que textos pueden ser compartidos, pero narrativas acerca de los mismos pueden ingresar en disputa sobre cual es la efectivamente dotada de autoridad. Es propio del derecho, y del constitucionalismo, que “conceptos contestados” formen un amplio abanico de opciones – la cuestión es saber cual concepción presenta un concepto en su mejor luz.<sup>23</sup>

La sugerencia de Siegel y Post es la de que la aplicación vinculante de la Constitución puede aun permitir un espacio de fidelidad. El fundamento estaría en el hecho de que el Constitucionalismo estadounidense sería abierto a la persuasión mutua entre los ciudadanos y en relación a la Suprema Corte. La posibilidad de futuros cambios en las percepciones de las cortes torna el proceso de definición del *nomos* pasible de cumplimiento como derecho que es, aun que uno pueda discordar de su contenido; así y todo, interpretaciones no fundamentadas, como los fallos de la Suprema Corte acerca del *New Deal*, pueden ser objeto de confronto directo.<sup>24</sup> Eso nos remete a una idea más abierta de una sociedad de intérpretes de una Constitución que, sin embargo, es vinculante.<sup>25</sup>

Papel prominente en la construcción del sentido de las normas constitucionales tendrán los movimientos sociales.<sup>26</sup> Reva Siegel toma como ejemplo lo que representó la derrota, en la década de 1970, de la propuesta de enmienda constitucional de iguales derechos para hombres y mujeres (*Equal Rights Amendment*) aprobada en 1972 en lo Congreso Nacional, pero sin obtener la ratificación de los órganos legislativos estatales. El período de ratificación habría sido capaz de difundir un espacio de debate sobre derechos de las mujeres que sería fundamental para que la

---

<sup>23</sup> Para la noción de “conceptos contestados”, cf. Gallie (1955). Para una visión del derecho en su mejor luz, cf. Dworkin (1985).

<sup>24</sup> Al fin del siglo XIX y inicio del siglo XX, la Suprema Corte estadounidense adoptó una postura conservadora de protección de un *laissez-faire capitalism*. Es lo que se puede desprender de casos seminales como *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), en lo que la Suprema Corte declaró inconstitucional ley del Estado de Nova York que establecía jornadas de trabajo de panaderos, fijando una fuerte concepción de libertad de contratar basada en la noción substantiva de debido proceso legal. Sin embargo, desde *West Coast Hotel Company v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), la corte reconoció la constitucionalidad de ley estatal que fijara un salario mínimo para mujeres, asumiendo una posición de mayor deferencia para con la regulación estatal de la economía.

<sup>25</sup> Cf. Häberle (1997).

<sup>26</sup> “Em suma, como salientamos, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, os movimentos sociais constituem uma das mais importantes fontes de mudança de sentidos constitucionais, de forma a legitimar certas práticas sociais e a deslegitimar outras que, muitas vezes, representam compreensões assimétricas de mundo.” (Bunchaft 2011, 168).

rama judicial institucionalizase y reconociese las pretensiones de las luchas feministas. El resultado fue un cuerpo normativo de protección llamado de *de facto ERA*.

Ese arduo campo de trabajo haría nacer lo que Siegel llama de *cultura constitucional*: un conjunto de comprensiones sobre la práctica argumentativa que guía las interacciones entre ciudadanos y autoridades en respecto del significado de la Constitución (Siegel 2006, 1.325). Empezando con una concepción de democracia mucho más larga que solamente la regla de la mayoría, es posible verificar el compromiso y la discusión de ciudadanos en respecto de decisiones de otras esferas del Estado, mas allá de la legiferante. Además de atraer la atención de los ciudadanos para el proceso de judicialización de la Constitución, esas disputas son también disputas sobre un pasado institucional que forjará el futuro constitucional.

La llamada *cultura constitucional* establece dúas condiciones para permitir que movimientos sociales participen de la disputa sobre el significado de la Constitución: a) la *condición del consentimiento* requiere que los participantes de la disputa apelen para la propia Constitución al intentar hacer prevalecer sus perspectivas por medio de la persuasión; y, b) la *condición del valor público* requiere que los defensores apelen para un lenguaje pre-establecido para defender nuevos postulados en respecto del significado de la Constitución, o sea, es preciso establecer que principios compartidos ya abrigaban la interpretación defendida (Siegel 2006, 1.152 e ss).

Y es dentro de ese contexto interpretativo democrático que la crítica a lectura de la Constitución hecha por una corte en el seno de la jurisdicción constitucional puede contribuir para la reconstrucción interpretativa. Contrariamente a comprometer su autoridad, ella destaca los problemas de un fallo y fuerza los jueces a se reinventaren. Es acá que un fallo polémico, sin embargo nunca necesario, puede generar el efecto de un *backlash*, creando nuevas condiciones que empujran los movimientos sociales contra las instituciones, obligándolas a guiar su perfil en favor de interpretaciones más democráticas.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> “Ciudadanos que invocan la Constitución para criticar las cortes asocian la Constitución con las comprensiones que ellos entienden normativamente vinculantes y acreditan ser vinculantes para otros. Cuando ciudadanos hablan acerca de los compromisos que detienen más apasionadamente en el lenguaje de una tradición constitucional compartida, ellos a fortalecen. De ese modo, mismo la resistencia a la interpretación judicial puede fomentar la legitimidad democrática de la Constitución”. Traducción libre de: “Citizens who invoke the Constitution to criticize courts associate the Constitution with understandings they find normatively compelling and believe to be binding on others. When citizens speak about their most passionately held commitments in the language of a shared constitutional tradition, they invigorate that tradition. In this way, even resistance to judicial interpretation can enhance the Constitution's democratic legitimacy.” (Post y Siegel 2007, 375)

Bueno, aunque los autores traten específicamente de la tradición constitucional estadounidense, ese no puede ser un privilegio de aquella cultura. No se trata de importar conceptos colonizadores para nuestra tradición; por lo contrario, el caso es de percibir el constitucionalismo como enredado críticamente con otras tradiciones, rejitando lo que hay de opresor y abrigando lo que puede emancipar. En un momento en que se habla ampliamente de un constitucionalismo transnacional, es lo caso de se pensar en un movimiento que permita percibir las ventajas de la incorporación del constitucionalismo extranjero y lo que puede haber de vinculante en normas supranacionales – principalmente las referentes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Ante el movimiento de judicialización de la justicia de transición en la América Latina, observase que el caso argentino iniciase con la responsabilidad de las juntas, pero encuentra reacciones que controlan el movimiento transicional para un regreso en términos de derechos humanos – por ejemplo, las leyes de “obediencia debida” y “punto final”, así como los decretos de amnistía del Gobierno Menem. Es la presión de movimientos sociales, como las *Abuelas de Plaza de Mayo*, como también la consolidación de los *juicios pela verdad*, entre otros hechos, que colocarán rama judicial, y su cúpula, en una situación de necesaria reverberación de pretensiones más progresistas. Un impulso fundamental que sería dado en el *Caso Simón* por intermedio, justamente, de una lectura adecuada del artículo 75, inciso 22, de la Constitución.

Ya en la justicia de transición uruguaya, la secuencia fue diseñada: a) plebiscito (1989); b) declaración de inconstitucionalidad (2009); c) plebiscito (2009); d) declaración de “inconveniencia” (2011); e) revocación por el Legislativo de la auto-amnistía (2011); e) declaración de inconstitucionalidad de la decisión legislativa revocadora (2013). Eso tendría tornado el debate aun más exacerbado. Pero la cuestión es que algunas premisas no restaran asentadas; faltaría, a nuestro juicio, efectivo cumplimiento de la *condición del valor público* mencionada por Siegel. Es que el constitucionalismo no comporta que cuestiones de derechos fundamentales, como la amnistía para crímenes contra la humanidad, sean pasibles de decisiones de la mayoría. Una condición del propio debate definidor de la cultura constitucional sería colocada de lado. Esperase, así, que nuevos caminos sean trazados por la transición uruguaya en lo que toca a responsabilidad individual.

---

<sup>28</sup> Para esa discusión, cf. Meyer (2015) .

Para la justicia de transición chilena, verificamos que hay un reconocimiento de la imperiosidad de se juzgar crímenes contra la humanidad, aun que críticas posan ser hechas a cuestiones como cumplimiento da pena y aplicación de la prescripción propia del sistema jurídico-penal chileno.

Ya para la justicia de transición brasileña, el tortuoso camino establecido en ese proceso de longa duración parece demostrar que el concepto de amnistía permanece en franca disputa; entretanto, los cambios institucionales más recientes parecen mostrar la incorporación de un *backlash* contra el fallo del STF en la ADPF 153, como destacado por Kozicki. Mas allá de algunos hechos ligados a la propia sociedad civil, nota-se que instituciones como la Comisión de Amnistía del Ministerio de la Justicia, la Comisión Nacional de la Verdad y el Ministerio Público Federal parecen incorporar al constitucionalismo brasileño el lenguaje adecuado para el tratamiento de los crímenes practicados por agentes de la dictadura: crímenes contra la humanidad. Ese tipo de reconocimiento normativo establece, al mismo tiempo, una narrativa para el constitucionalismo brasileño que es tanto un tratamiento “nuevo” cuanto el reconocimiento de normas de *jus cogens* hace mucho consolidadas en la normativa internacional.

## 6. Conclusiones

Entre las ramas del Estado, los jueces ganarán un foco impresionante en Brasil en lo pos-1988 – lo mismo se puede decir en otros países de la América Latina en las décadas de 1990 y 2000. En el caso brasileño, reivindicaciones corporativistas tienen ganado cada vez más el destaque en los vehículos de media, al lado de modos de actuación y decisiones, en una constelación de casos, cuestionables. Todavía, el fenómeno de la judicialización de las relaciones sociales está establecido – dentro de el, la justicia de transición no cesa de ser abarcada. Son inúmeras las demandas que tanto reivindican como colocan en discusión medidas transicionales.

El número de demandas judiciales tiene crecido vertiginosamente. Es preciso considerar, por supuesto, que la propia justicia de transición de longa duración brasileña expandió en los últimos años, principalmente desde 2007. En la perspectiva comparada latinoamericana, las situaciones, a pesar de distinguieren en la forma y en la substancia de las medidas transicionales, parecen demostrar que la judicialización es también crecente. Tal vez lo que se destaque es que Argentina gana precedencia en ese proceso, seguida del Chile, Uruguay y, al fin, Brasil.

La tónica de la legitimidad de esa actuación está en su vinculación con los movimientos sociales. Ella aparece en la forma como los movimientos reaccionan a decisiones equivocadas de jueces, en muchos casos, conservadores (sino reaccionarios), que ocasionan situaciones de *backlash* contra decisiones judiciales con este perfil. En la justicia de transición brasileña, no faltan reacciones y ellas pasaran a ganar, recientemente, cuerpo institucional; las situaciones divergen en los casos argentino, uruguayo y chileno. Toda esa gama de respuestas sociales y institucionales continua a demostrar que el constitucionalismo necesita amparar su vena democrática. En el caso del constitucionalismo latinoamericano, la premiosidad por tal conexión es aun mayor, ante el perfil autoritario gestado en las dictaduras y aun no reformado en una buena parte de los casos.

## Referencias

Argentina. 2014. Ministério Público Fiscal. Procuraduría General de la Nación. Procuraduría de Crímenes Contra La. “Informe sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en todo el país. Los números del 2014.” <http://rlajt.com/public/arquivos/cabec7c8.pdf>, acceso 26/2/2016.

Argentina. 2005a. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 869. XXXVII. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita. Causa n° 259. Fallos: 327:3312. Buenos Aires, 8 de março de 2005. <http://www.csjn.gov.ar>, access 12/07/2012.

Argentina. 2005b. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. Símon, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n° 17.768. Fallos: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005. <http://www.csjn.gov.ar>, access 12/07/2012.

Argentina. 2007. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. M. 2333. XLII. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad. Buenos Aires, 13 de julho de 2007. <http://www.csjn.gov.ar>, access 12/7/2012.

Bickel, Alexander. 1986. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, CT: Yale University Press.

Brandão, Rodrigo. 2012. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Bunchaft, Maria Eugênia. 2011. “Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial,” *Direito, Estado e Sociedade* 38, 154-180.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. 2014. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via.

Chile. 1998. Suprema Corte. S.C.S., de 09.09.1998, Rol n° 469-98.

Chile. 2005. Suprema Corte. S.C.S., de 04.08.2005, Rol n° 457-05.

Chile. 2004. Suprema Corte. S.C.S., de 13.12.2006, Rol n° 559-04.

Chile. 2007. Suprema Corte. S.C.S., de 18.01.2007, Rol n° 2666-04.

Collins, Cath et al. 2013. Capitulo “Verdad, Justicia y Memoria por violaciones de Derechos Humanos en dictadura. A 40 años del Golpe Militar”, *Informe Anual de DDHH*, UDP.

CteIDH. 1988. “Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.” <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec4.pdf>, acceso 26/2/2016.

CteIDH. 2001. “Caso Barrios Altos v. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001”, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf), acceso 26/2/2016, p. 15).

CteIDH. 2010. “Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010”, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf), acceso 26/2/2016.

CteIDH. 2011. “Caso Gelman v. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011”, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf), acceso 29/2/2016.

CteIDH. 2013. “Caso García Lucero y Otras v. Chile, Sentencia de 28 de agosto de 2013”, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_267\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_267_esp.pdf), acceso 26/2/2016.

CteIDH. 2015. “Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015”, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_300\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf), acceso 26/2/2015.

Couso, Javier. Huneeus, Alexandra. Sieder, Rachel. 2010. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press.

Cover, Robert M. 1983. “Foreword: Nomos and narrative,” *Harv. L. Rev* 97, 4-68.

Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald. 1996. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, Ronald. 1986. *Law’s Empire*. Harvard University Press.

Estados Unidos. 1803. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Estados Unidos. 1905. Supreme Court. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

Estados Unidos. 1937. Supreme Court. *West Coast Hotel Company v. Parrish*, 300 U.S. 379.

Estados Unidos. 2006. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

Gallie, W. B. 1955. “Essentially Contested Concepts,” *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 167-198.

Gargarella, Roberto. 2014. *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta.

Häberle, Peter. 1997. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição - contribuição para a compreensão pluralista e “procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

Hailbronner, Michaela. 2014. “Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism.” *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 3, 626–649.

Kozicki, Katya. 2015. “Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF N° 153”. En *O Direito Achado Na Rua, Vol. 7: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina*, editado por José Geraldo de Souza Júnior et al., 192-197. Brasília: UnB.

Meyer, Emilio Peluso Neder. 2008. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Método.

Meyer, Emilio Peluso Neder. 2014. Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova. *Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK*: acceso 10/9/2015, <http://verdadeaberta.org/relatorio/>.

Meyer, Emilio Peluso Neder. 2012. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores.

Meyer, Emilio Peluso Neder. 2015. “Crimes contra a humanidade, justiça de transição e Estado de Direito: revisitando a ditadura brasileira,” *Brasiliiana* 4, no. 1, 208-242.

Neira, Karina Fernández. 2010. “Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar,” *Estudios Constitucionales* 8, 467-487.

Osiel, Mark. 2000. *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*. New Brunswick and London: Transaction.

Osmo, Carla. 2015. *Judicialização da Justiça de Transição na América Latina: Relatório da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição*. Brasília: Comissão de Anistia, en prensa.

Paixão, Cristiano. Barbosa, Leonardo de Andrade. 2008. “A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo”, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* 6), 57-78.

Patrus, Rafael Dilly. 2016. *Articulação Constitucional e Justiça de Transição: uma releitura da ADPF nº 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”*. Belo Horizonte: D’Plácido.

Post, Robert. Siegel, Reva. 2009. “Democratic Constitutionalism”. En *The Constitution in 2020*, editado por Jack Balkin y Reva Siegel, 25-34. New York: Oxford University Press.

Post, Robert. Siegel, Reva. 2007. “Roe rage: democratic constitutionalism and backlash,” *Harv. CR-CLL Rev.* 42, 373-433.

Rodriguez, José Rodrigo. 2013. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV.

Roht-Arriaza, Naomi. 2005. *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Siegel, Reva. 2006. “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture,” *California Law Review*, 1.323-1.419.

Streck, Lenio Luiz. 2013 *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT.

Teitel, Ruti G. 2014. *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press.

Uruguay. 2013. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 152/2013. <http://www.poderjudicial.gub.uy>, acceso 6/5/2015.

Uruguay. 2004. Suprema Corte de Justicia. Sentencia nº 365. Relator: Dr. Jorge Omar Chediak González. Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad. Arts. 1, 3 y 4 de la Ley nº 15.848, ficha 97-397/2004. <http://unisinos.br/blog/ppgdireito/files/2009/10/Suprema-Corte-Uruguay-Caso-Sabalsagaray-19-10-2009.pdf>, acceso 11/11/2011.

Waldron, Jeremy. 2006. “The core of the case against judicial review,” *The Yale Law Journal* 115, p. 1.346-1.406.

Zurn, Christopher F. 2007. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge: Cambridge University Press.