ISSN 2177-6784

Sistema penal y violencia

Revista electrónica de la Facultad de Derecho
Programa de Postgrado en Ciencias Penales
Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul - PUCRS

Porto Alegre - Volumen 2 - Número 2 - p. 36-52 - julio/diciembre 2010

Editor
RodRigo ghiRinghelli de Azevedo

Organizado por
RodRigo ghiRinghelli de Azevedo
José CARlos MoReiRA dA silvA Filho
MARCelo dAlMás ToRelly

JUSTICIA, ESTRATEGIA Y DERECHO DE LA TRANSICIÓN democracia coNstitucional: estudio preliminar sobre el papel de los derechos derivados de la transición política para la realización del estado democrático de derecho1

Eneá de Stutz e Almeida
Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina; profesor de Derecho de Pregrado y Postgrado en la Universidad de Brasilia (UnB); Consejero de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia.

Marcelo D. Torelly
Máster en Derecho por la Universidad de Brasilia; estudios de postgrado en Derechos Humanos en la Universidad Pablo de Olavide (España); profesor de la Universidad Católica de Brasilia (UCB); coordinador nacional de la Programa de Cooperación Internacional para la Justicia Transicional de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Resumen

Este estudio preliminar pretende investigar la formación histórica del concepto de justicia transicional y sus implicaciones normativas como medio para evaluar su impacto positivo en la realización del Estado de Derecho a través de la Democracia Constitucional

Palabras clave: justicia transicional; estado de derecho democrático; derechos humanos.

Resumen

Justicia transitoria, Estado de Derecho y democracia constitucional: Estudio preliminar sobre el papel de los derechos transitorios para un Estado de Derecho democrático efectivo

Este estudio preliminar busca la concepción histórica de la justicia transicional y sus impactos como instrumento para medir su impacto positivo en la implementación de un Estado de Derecho a través de una Democracia Constitucional. **Palabras clave:** Justicia de transición; Estado de derecho democrático; derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

Considerando la crítica al solapamiento conceptual presente en la idea de que la instauración de una democracia formal de sesgo electoral puede significar ya, en sí misma, la consecución de la "democracia", y no un mecanismo de la misma, en un razonamiento que prescinde de aspectos materiales relevantes para el debate sobre lo que es una democracia, el presente artículo buscará conceptualizar qué es la "justicia transicional" y cuál es su relación con la idea de "Estado de Derecho".

De este modo, se presentan los límites y contrapesos de un sistema legal para que la transición pueda

verse no sólo como un medio para instalar un régimen electoral honesto, sino también como parte del amplio proceso de construcción de una democracia. Además, el presente estudio pretende comprobar cómo la justicia transicional permite establecer distinciones sustanciales entre los mecanismos transicionales legales

e ilícita y también cataliza la consecución de un tipo especial de democracia: la democracia constitucional. Para ello, se adoptará una visión sustancial de lo que es el "Estado de Derecho", partiendo de una concepción formalmente vinculada a la premisa compartida con el ideal republicano de un "gobierno de leyes" (cf. Besson y Martí, 2009), pero, también, materialmente vinculado a los valores del llamado constitucionalismo (o neoconstitucionalismo) en lo que se refiere a la idea de que incluso las leyes elegidas por un pueblo de forma democrática y bajo el manto de una constitución legítima están limitadas única y exclusivamente por el propio principio democrático (del que no pueden apartarse voluntariamente) y por los derechos humanos, que garantizan la integridad y la legitimidad mínimas esenciales del sistema de derechos como sistema de reparto intersubjetivo.

Metodológicamente, se presentará el proceso histórico que permitió que del conjunto de medidas transicionales emprendidas en diferentes países a lo largo del tiempo, surgiera un concepto de justicia no ideal, propio de estos momentos de flujo político entre una visión no democrática del mundo y una visión democrática y guiado por la idea de la existencia de derechos inalienables y limitaciones al poder, llegando a un conjunto de dimensiones sustantivas de la justicia transicional, que se superponen e interconectan en el contexto concreto de búsqueda de justicia en períodos de cambio político. La acumulación jurídica generada en los procesos concretos nacionales e internacionales, plasmada en estas dimensiones y conectada a una idea sustancial de Estado de Derecho, es la que permite extraer y detectar los límites normativos que impone la idea de "justicia transicional", llevando a la afirmación de la existencia de un conjunto de obligaciones de los Estados en períodos transicionales y post-transicionales y, más especialmente, en la formulación de los fundamentos de las políticas públicas emprendidas en el período postransicional para hacer frente a la herencia histórica y cultural de los gobiernos autoritarios en un momento en el que la prioridad política de la sociedad deja de ser la propia transición y se convierte en la justicia de la transición.

De este modo, estos mecanismos se entienden como una forma de, al mismo tiempo, dar extensión retroactiva y prospectiva al Estado de Derecho, compensando y reparando las violaciones del pasado mediante el restablecimiento de los efectos típicos del Estado de Derecho, especialmente la igualdad ante la ley y la previsibilidad del sistema jurídico, de modo que se garantice la no repetición de la violencia y se evite la existencia, en la sociedad que pretende fundar una democracia constitucional, de un "estamento autoritario", compuesto por actos que no pueden someterse al control judicial de la legalidad y por personas que no pueden ser perseguidas.

1 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE "JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Durante el siglo XX, decenas de países pasaron por procesos de transición de regímenes no democráticos a democráticos. Muchos modelos políticos considerados totalitarios, autoritarios, postotalitarios o incluso sultanitarios, con diversas formas de organización económica, desde el evidente ejemplo socialista hasta las economías de subsistencia y dependientes, emprendieron cambios de liberalización política, generalmente asociados a aperturas democráticas y, en un número importante de casos, produjeron estados de derecho basados en la idea de una democracia constitucionalmente limitada y organizada en torno a algunos valores universalmente reconocidos por el sistema internacional, como los derechos humanos.

En una primera lectura, hay pocas conexiones posibles entre las transiciones políticas experimentadas por los países del Eje en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, los países de Asia y África coloniales que se independizaron (aunque no siempre de forma democrática), los países del sur de Europa en el periodo histórico de los años 70 las democracias latinoamericanas después de regímenes militares y dictaduras subvencionadas por potencias extranjeras y, por último, los países surgidos de la escisión y

apertura del antiguo "bloque comunista" encabezado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en lo que se refiere a la formulación del concepto de un determinado tipo de "justicia" específico del contexto transicional.

Sin embargo, hay un elemento común a todas estas transiciones, y la forma de abordarlo ha dado lugar a la creación de innumerables tratados y resoluciones internacionales, así como a cientos de leyes y procesos nacionales y regionales, que han culminado en la formulación de un concepto contingente de justicia para ser aplicado en casos concretos. El elemento común, sin embargo, es negativo: se trata de un conjunto de violaciones de las normas mínimas y fundamentales de protección de los derechos humanos combinadas con la acción del Estado o la acción de grandes grupos organizados en el territorio del Estado destinada a llevar a cabo estas violaciones. Por lo tanto, lo que sigue siendo común a todos estos procesos de transición es la necesidad de restablecer el Estado de Derecho y, al mismo tiempo, hacer frente a las violaciones cometidas en nombre de este mismo Estado durante el período de excepción y autoritarismo.

La "Justicia de Transición" es el nombre dado a una serie de iniciativas emprendidas a nivel internacional, regional o nacional en países en proceso de liberalización o democratización, que abarcan sus políticas públicas, las reformas legislativas y el funcionamiento de su sistema de justicia, para garantizar que el cambio político sea exitoso y que, al final del mismo, exista no sólo una democracia electoral (caracterizada por elecciones procedimentalmente justas), sino también un Estado de Derecho en el sentido sustancial del término. El concepto de "justicia transicional" como campo de acción y estudio queda muy claro con la definición de Bickford:

> La Justicia Transicional se refiere al campo de actividad e investigación centrado en cómo las sociedades se enfrentan a sus legados de abusos de los derechos humanos, atrocidades masivas u otras formas de trauma social grave, incluidos el genocidio y las guerras civiles, con el fin de construir un futuro más democrático, justo o pacífico. (2004, p. 1045).

El autor presenta a continuación a qué se refiere, a grandes rasgos, cuando utiliza el concepto de justicia transicional:

> El concepto se entiende comúnmente como una forma de enfrentarse al pasado abusivo como componente de la transformación macropolítica. Esto suele implicar la combinación de estrategias judiciales y extrajudiciales complementarias, como las acciones de investigación contra los torturadores, la creación de comisiones de la verdad y otras formas de investigación del pasado; centrar los esfuerzos hacia la reconciliación en las sociedades divididas mediante el desarrollo de reparaciones en bloque para los más afectados por la violencia o los abusos, poniendo en primer plano el derecho a la memoria y recordando a las víctimas; y reformar un amplio espectro de instituciones estatales que sirvieron a la perpetración de abusos (como los servicios de seguridad, policiales o militares). (Ibidem, p. 1045).

Desde el punto de vista institucional, por tanto, el término justicia transicional se refiere al conjunto de experiencias emprendidas para superar el autoritarismo, y desde el punto de vista académico, a un amplio campo de investigación, interdisciplinar por excelencia, que se centra en el conocimiento y la evaluación de estas medidas tan complejas para afrontar el legado autoritario. Pero Bickford también llama la atención sobre otro elemento importante, aludiendo a un valor añadido al concepto: "[...] el movimiento de los derechos humanos ha influido fuertemente en el desarrollo del campo, haciéndolo conscientemente centrado en las víctimas" (ibíd., p. 1045).

Así, la referencia a la justicia transicional tiene, sobre todo, un significado diferente de la referencia a la transición a la democracia, ya que en esta última, el foco de preocupación central es la estabilización de un sistema electoral razonablemente democrático, llegando a confundir los requisitos esenciales de una

democracia con los procedimientos mínimos necesarios para llevar a cabo unas elecciones.

El desarrollo del campo de la justicia transicional, sobre todo en lo que se refiere a las experiencias institucionales, genera una interesante fuente normativa para el Derecho, ya que el cúmulo de estas experiencias puede consolidarse no sólo en dictámenes técnicos, experiencias comparadas, acuerdos y tratados internacionales, etc., sino también en abundante jurisprudencia, tanto a nivel nacional como, muy especialmente, a nivel internacional.

Los estudios académicos han ido clasificando estas experiencias concretas en dimensiones que han llegado a influir en el modo en que los Estados han organizado la inserción de nuevos mecanismos en sus procesos internacionales y, sobre todo, en el modo en que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, han llegado a verificar el cumplimiento de determinadas obligaciones jurídicas, de modo que, en esta dinámica de doble cara, se han consolidado algunos conjuntos de efectos normativos. [2] Es este proceso el que lleva a Teitel a formular una concepción jurídica del concepto en los siguientes términos: "La justicia transicional puede definirse como una concepción de la justicia asociada a los períodos de cambio político, caracterizada por respuestas jurídicas que se enfrentan a los errores del régimen represivo precedente" (2003, p. 69 - traducción libre).

Se observa, por tanto, que la idea de "justicia" presente en el término difiere de la presentada en conceptualizaciones abstractas de la justicia, como, por ejemplo, una concepción rawlsiana (Rawls, 2002), ya que el punto de partida es eminentemente concreto y contingente, hasta el punto de que el conocimiento del proceso genealógico de la idea de justicia transicional es importante para la localización histórica de sus contenidos, fuentes de normatividad y referencias en el derecho positivo, ya que son los casos concretos de transiciones los que han modulado, a lo largo del tiempo, el propio alcance del concepto.

La "zona cero" de la justicia transicional moderna está ampliamente consensuada. Según Elster "la historia moderna de la justicia de las transiciones a la democracia comienza esencialmente con la derrota de Alemania, Italia y Japón en 1945. En Alemania, los procesos de justicia transicional comenzaron inmediatamente después de la guerra y continúan en el presente". (2006, p. 73 - traducción libre). Partiendo de este mismo precedente, Teitel desglosará en tres fases la formulación de nuestro concepto de justicia transicional en la actualidad, señalando que, ya en 1945, la inauguración de la primera fase va acompañada de una crítica histórica a la incapacidad de las fuerzas democráticas de haber establecido, en 1919, un proceso de justicia capaz no sólo de satisfacer la justicia pasada alusiva a la primera guerra, sino también, y de forma definitivamente más relevante, de evitar la repetición de la perpetración de crímenes bárbaros:

> La administración del primer modelo de justicia transicional de la posguerra, caracterizado por el fracaso de los juicios nacionales, quedó en manos de Alemania. Visto desde la historia posterior, está claro que los juicios nacionales de la primera posguerra no sirvieron para disuadir de futuras carnicerías. En una respuesta abiertamente crítica con el pasado, la justicia transicional de la segunda posguerra comenzó por abstenerse de celebrar juicios nacionales y, en su lugar, buscar la responsabilidad penal internacional de los dirigentes del Reich. (2003, p. 72).

Así, el nacimiento de la idea moderna de justicia transicional está visceralmente conectado a la idea de no repetición, eligiendo la vía penal como medio eficaz tanto para la aplicación de medidas retributivas como para la formulación de un marco social significativo de repudio de determinadas prácticas.

La primera fase de la formulación de la justicia transicional se extiende desde 1945 hasta mediados de los años 70 y tiene, por tanto, un carácter internacionalista y punitivo, ya que era necesario alejarse de la

jurisdicción nacional para llegar al castigo de los responsables de las atrocidades perpetradas en la Segunda Guerra Mundial.

Este modelo de aplicación de la justicia concreta tiene, por tanto, una conexión umbilical con el modelo de transición en cuestión. Sólo fue posible ante el completo colapso del Estado-nación que albergaba actividades delictivas. Es en la primera fase, por tanto, cuando se trazan los que serán dos de los elementos clave de las políticas de transición: (i) la reforma de las instituciones que perpetran los crímenes con vistas a la no repetición y la
(ii) la responsabilidad individual y el castigo por los crímenes perpetrados en nombre del régimen. La primera medida, además, se desdoblará en una segunda: el proceso de depuración de la maquinaria pública, con la retirada de los servidores que apoyaban al régimen de las funciones públicas esenciales del Estado (véase: Mayer-Rieckh y De Greiff (org.), 2007).

Mientras que la primera fase de consolidación de la justicia transicional tuvo como panorama concreto un conjunto de Estados desmantelados que se reconstruían bajo la égida de las potencias nacionales que hablaban en nombre de la comunidad internacional, las transiciones de la segunda fase de consolidación, situada entre mediados de los años setenta y 1989, En la mayoría de los casos, la experiencia antidemocrática y la propia transición están relacionadas de algún modo con la disputa bipolar entre Estados Unidos y la Unión Soviética, que estaba llegando a su fin.

Además, si en 1945 fue posible una amplia intervención internacional para la reconstrucción de los estados beligerantes, en las transiciones de la tercera fase la mayor parte de los procesos serán de iniciativa y ejecución nacional, por lo que el restablecimiento del estado de derecho puede contar con el derecho internacional no para la promoción de juicios, sino sólo como referencia de parámetros legales razonables a aplicar cuando se reanude la democracia. En esta etapa, las intervenciones externas eran mal vistas por la propia comunidad internacional. Dado que las décadas de la Guerra Fría habían convertido en habituales las intervenciones exteriores ideológicas, la política del momento consistía en permitir que los países en transición desarrollaran sus propios caminos hacia la democracia, evitando el resurgimiento de las disputas locales vinculadas a las disputas del viejo y decadente orden internacional.

Evaluando los mecanismos adoptados en esta segunda fase, Teitel afirma que:

> La justicia transicional en su segunda fase reflejó un equilibrio de valores considerados relevantes que difícilmente coincidían con los valores de un Estado de Derecho ideal. Como el objetivo era promover la legitimidad, los principios pragmáticos guiaron la política de justicia y el sentido de la adhesión al Estado de Derecho. La justicia de transición está relacionada con una concepción de la justicia que es imperfecta y parcial. Lo que es justo y correcto en circunstancias políticas extremas fue determinado por el propio contexto de la transición (2003,
> p. 76).

La segunda fase de consolidación de la justicia transicional fue, por tanto, un momento de cambio de énfasis. Mientras que en la primera fase, el restablecimiento/implantación del Estado de Derecho utilizó el mecanismo punitivo para promover condenas plenas y restablecer la igualdad ante las leyes legítimas a través de los tribunales internacionales, en la segunda fase se produjeron mandatos políticos de magnitud suficiente para que la alternativa penal quedara en gran medida prohibida a nivel local. Así, en un proceso propio de la dialéctica política de la vida concreta, vemos surgir en este periodo otras dimensiones de la promoción de la justicia durante el flujo político hacia la democracia que vendrán a conformar el concepto más amplio y actual de justicia transicional.

La imposibilidad política de llevar a los criminales del Estado ante la justicia a nivel nacional, evitando

la rendición de cuentas directa en la línea de la primera fase, ha llevado a los Estados a buscar otras formas de

para saldar sus deudas autoritarias. Dos medidas transitorias muy relevantes son producto de esta fase: (i) las reparaciones a gran escala a las víctimas (que también surgieron como consecuencia de la maduración de los procesos de la primera fase relativos a los crímenes nazis) y (ii) el establecimiento de comisiones de la verdad como forma de responsabilidad histórica.

Si la mayor crítica a la primera fase se centró en el carácter incompleto instado a promover una amplia reconstrucción histórica del pasado a partir de un proceso eminentemente judicial (cf. Ginzburg, 2007), la segunda fase se caracteriza por la pluralización de las formas de acceso a la verdad y de construcción y difusión social de las memorias. Teitel concluye que esta fase se caracteriza por la migración desde una perspectiva de responsabilidad individual hacia el establecimiento de procesos comunitarios de superación del pasado, destacando la insurgencia de conceptos como "reconciliación nacional", que son principalmente externos al mundo del derecho:

> El proyecto de verdad y reconciliación incorpora gran parte de su discurso desde fuera del derecho, especialmente desde la ética, la medicina y la teología. Su objetivo no es sólo la justicia, sino la paz para los individuos y la sociedad en su conjunto. (2003, p. 82).

Sin embargo, todavía en esta segunda fase, sobre todo hacia el final, observaremos una rejudicialización de la justicia transicional, especialmente caracterizada por la activación de tribunales internacionales para el retorno a la esfera jurídica de cuestiones tratadas a nivel político durante las transiciones (cf. ONU: HR/PUB/06/4; Wouters, 2008). En este periodo se experimentará una amplia proliferación de instrumentos de derecho internacional que tratan el tema, lo que permitirá considerar la tercera fase genealógica de la justicia transicional, iniciada en 1989 y extendida hasta el presente, como la fase de su "consolidación", con la estabilización de varias fuentes normativas para orientar las políticas y medidas de transición. Siguiendo siempre a Teitel, la creación de la Corte Penal Internacional es el signo más evidente de la llegada a una fase estable de desarrollo de la justicia transicional (2003, p. 90), ya que se estabilizan instituciones permanentes, que tienen entre sus atribuciones un conjunto de previsiones de actuación que asisten a la realización de la justicia en períodos de flujo político.

Con la existencia definitiva de un tribunal permanente con una amplia jurisdicción para tratar las cuestiones transicionales (sobre todo en el ámbito penal), sumada al suficiente desarrollo normativo del derecho internacional y otras fuentes, se puede afirmar que la justicia transicional tiene hoy una base consolidada, que se irá mejorando con el tiempo. A partir de la genealogía presentada, llama la atención el modo en que la segunda fase sirve, por partida doble, para ampliar el conjunto de mecanismos disponibles para los procesos transicionales en la medida en que trata de apartarse del uso de la justicia penal y, además, refuerza la base normativa del propio uso de la justicia penal, en la medida en que esta negativa a investigar y castigar lleva al Derecho Internacional a establecer diversos precedentes sobre la existencia no de una *facultad* de investigar y castigar por parte de los Estados, sino de una *obligación de* investigar y castigar los delitos contra los derechos humanos, siendo sólo los demás delitos susceptibles de cualquier forma de indulto (cf. Mayo, 2005).

Por todo lo expuesto, la justicia transicional puede definirse como el conjunto de esfuerzos jurídicos y políticos para el establecimiento o restablecimiento de un sistema democrático de gobierno fundado en el Estado de Derecho, cuyo énfasis de actuación no recae únicamente en el pasado, sino también en una perspectiva de futuro. La base normativa de la idea de justicia transicional hunde sus raíces en la aplicación penalizadora del derecho internacional en el Tribunal de Núremberg, se expande con las medidas de

memoria, verdad y reparación emprendidas principalmente en el ámbito nacional de los países que experimentaron la democratización durante la tercera ola y se consolida en varios

documentos y tratados internacionales en una fase de la que somos contemporáneos, con la aparición de organismos internacionales específicos para la tramitación de determinadas demandas, como es el caso de la Corte Penal Internacional. También es importante destacar que, por la condición de su surgimiento en la lucha contra la impunidad y la tiranía, la justicia transicional se orienta característicamente a la promoción de los derechos de las víctimas, y, por lo tanto, el enfoque dado a esta cuestión por los estudios "de las transiciones políticas" y "de la justicia transicional" es diferente.

Como hemos visto, las medidas de justicia transicional van más allá de lo que tradicionalmente le corresponde al derecho, y ahora es interesante ver cómo se unen los mecanismos jurídicos y políticos en los procesos de consolidación de la democracia y el Estado de derecho.

2 EL PROBLEMA DE LAS CLASIFICACIONES NO SUSTANCIALES: LA JUSTICIA JURÍDICA Y POLÍTICA EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE TRANSICIÓN

Jon Elster acusa la existencia de al menos tres posibles tipos de "instituciones de justicia" en un proceso de transición: la justicia legal, la justicia administrativa y la justicia política:

> [...] podemos representar las instituciones de la justicia en una sola línea, con la justicia jurídica pura en un extremo y la justicia política pura en el otro. La justicia administrativa puede situarse más cerca de uno u otro extremo [...]. Además, la justicia legal puede ser impura y, sin embargo, ser reconocida como legal. Por otra parte, algunas formas de justicia política comparten características importantes con la justicia legal. (ELSTER: 2006, p. 104)

Elster indica claramente la existencia de dos componentes centrales en la idea de justicia: el derecho, entendido como ley formal, y la política, entendida como deliberación de la mayoría. El análisis de casos concretos demuestra la enorme riqueza de las interacciones entre el derecho y la política en la resolución práctica de los problemas de las transiciones. Por mencionar sólo un caso, probablemente el más notorio y estudiado de la década de 1990

– en Sudáfrica se decidió conceder la amnistía a las violaciones de los derechos -incluso las que atentan contra los derechos humanos- siempre que se reconocieran públicamente, con el fin de permitir el esclarecimiento histórico y la pacificación social, reforzando la identidad nacional posterior al apartheid. En un proceso de esta naturaleza, es evidente que una opción de justicia política suplanta lo que sería la vía más lógica de la justicia legal: la promoción de juicios (Cf. Bois-Pedain, 2007).

A partir de la acumulación de experiencias históricas y del marco normativo formulado a lo largo de los años, el conjunto de mecanismos para promover las medidas transitorias puede clasificarse en cuatro grandes categorías descriptivas (Cf. Elster, 2006; Van Zyl, 2009; Brito, 2009; Teitel, 2000; Bickford, 2004; Genro, 2009):

– Medidas de reforma institucional y administrativa;
– Políticas de reconciliación, olvido y memoria;
– Políticas de reparación para las víctimas de abusos;
– Cambiar el sistema de justicia para la debida tramitación de los delitos.

Cada uno de estos conjuntos presenta sus propias características, sin embargo, a grandes rasgos, se puede decir que los dos primeros conjuntos agregan un perfil más político (traduciéndose en medidas que dependen de la aprobación de la mayoría, directa o representada), mientras que los dos últimos tienen un

perfil más jurídico (ya que se puede deducir formalmente su necesidad del propio ordenamiento jurídico). Con esta observación, es posible identificar los foros privilegiados para la aplicación de cada conjunto de medidas.

Mientras que las reformas institucionales y administrativas, así como las políticas de reconciliación, memoria y olvido, son llevadas a cabo principalmente por los poderes legislativo y ejecutivo, las políticas de reparación a las víctimas tienden a ser implementadas por los tribunales (incluso cuando se trata de tribunales administrativos con competencia extraordinaria, ubicados en el poder ejecutivo, en un modelo que la clasificación de Elster definiría como justicia administrativa legal) y la rendición de cuentas por crímenes y atrocidades, como prioridad, procesada por el sistema de justicia nacional regular (siendo el uso del sistema internacional una indicación de la ineficiencia del sistema nacional). Por lo tanto, no tiene sentido imaginar un tribunal conducido por el Poder Legislativo, o incluso que el Poder Judicial sea el agente que delibere sobre qué reformas debe emprender el Estado para que las violaciones de los derechos humanos no vuelvan a ocurrir.

Siguiendo con Elster, tenemos que es muy recomendable que la justicia legal sea la principal guía de actuación del proceso transicional, ya que es a ella a la que se refieren conceptos como "seguridad jurídica" y "legalidad" en el uso ordinario del Derecho, pero que esto no siempre es posible o deseable cuando se consideran las situaciones concretas en las que debe centrarse la justicia transicional. [3] Esta situación se hace más evidente cuando analizamos los componentes del concepto de justicia legal pura de Elster:

1Las leyes claras

2ºIndependencia del poder judicial 3ºJueces imparciales

4ºObservancia del debido proceso legal

La definición de justicia legal se formula desde la perspectiva de una democracia que funciona plenamente, con un Estado de Derecho consolidado. Esto es lo que sitúa la tipología de Elster -como el propio autor asume – en un nivel necesariamente ideal, ya que en el siglo XX es raro identificar algún proceso de transición que no parta de un documento constitucional y de un sistema jurídico-político previo, que definía los criterios de legalidad de forma estricta pero, aun así, ilegítima. En una concepción positivo-normativista4 los dos conjuntos de medidas transicionales relativas a la reparación de las víctimas y a la responsabilización de los criminales del Estado se ven gravemente perjudicados, ya que, en muchos casos, el sistema de justicia y el propio Derecho fueron alterados para justificar formalmente la persecución de las víctimas, para beneficiar a los criminales, o incluso, el propio régimen insertó medidas de impunidad en el ordenamiento jurídico, con la esperanza de que la positivización de dichas medidas las legitimara en el ordenamiento jurídico. Estos hechos generan aberraciones jurídicas en las que la forma de la ley socava el propio fondo de la misma.

Esto crea una dificultad adicional para la aplicación del conjunto de medidas más directamente relacionadas con el ámbito jurídico, ya que sin una definición sustantiva del Estado de Derecho, que oriente una interpretación (incluso constitucional) adecuada para la solución de las controversias típicamente transitorias, la aplicación de cualquier medida se verá vulnerada por el choque con la legalidad anterior. Alejándonos de la perspectiva normativista y buscando un análisis en la ciencia política podemos situar mejor este metaproblema:

> [...] restaurar el Estado de Derecho es, quizás sorprendentemente, más fácil en los países donde el sistema legal no tuvo ninguna autonomía durante el período autoritario (Chile y Argentina) que en los países que pasaron por una forma semilegal de autoritarismo y experimentaron una gran continuidad entre el autoritarismo y la democracia (Brasil y México). Esto es así porque en los casos en los que el autoritarismo cambió la estructura misma del Estado de Derecho, es prácticamente imposible alcanzar retroactivamente

con el Estado de Derecho el período anterior a la democratización. (Avritzer, 2005, p. 105).

Lo que Avritzer observa es que en países como Brasil, donde se instaló el sistema de represión fundado en un amplio consenso no democrático de varias élites civiles y militares el sistema de legalidad

y la cultura jurídica se ven afectados. El patrimonio no se limita a la producción legislativa y judicial de la época, sino también a la producción cultural, y la cultura es un medio de referencia necesario para cualquier forma de interpretación.

Las conclusiones de Pereira son similares a las de Avritzer, y su extensa investigación acusa al consenso entre las élites judiciales y militares brasileñas como una de las principales razones de la existencia de regímenes represivos en el país -a diferencia de lo que ocurrió en la vecina Sudamérica, que también vivió bajo regímenes represivos
– del amplio uso de medios "legales" para la persecución de "delincuentes" políticos. Para Pereira, el proceso transicional brasileño puede haber sido capaz de instalar nuevas leyes, pero no fue capaz de cambiar la lectura autoritaria que se le dio a otras, y por lo tanto todavía carece de esfuerzos sustanciales en cuanto al cambio de mentalidades que permitan la revisión del pasado autoritario en una narrativa democrática, lo cual depende de ajustes tanto en el campo legal, con la eliminación de leyes formalmente válidas pero ilegítimas, como en cuanto a la producción política de consenso sobre el pasado, con la creación de mecanismos transicionales para obtener información y producir verdades socialmente legítimas:

> [...] no es de extrañar que la transición democrática de Brasil haya impedido tanto las comisiones de la verdad como los juicios a los torturadores. Esto es bien conocido, pero lo que es menos reconocido es la forma en que tanto los militares como el poder judicial defendieron activamente el *statu quo* en Brasil, mientras daban forma a una transición en la que una falsa amnesia -combinada con el orgullo del pasado autoritario- estaba a la orden del día. (Pereira, 2000, p. 162).

La dificultad de tratar el pasado de una manera que sea a la vez democrática y jurídicamente legal, excede la capacidad explicativa de un concepto formal de Estado de Derecho que contemple el imperio de la ley como un simple estado de derecho, porque al utilizar esta metodología silogística de asociar directamente "ley" y "derecho" acabamos insertando en el derecho todo un conjunto de valores autoritarios ilegítimamente incluidos en el sistema jurídico por el propio régimen, de manera que el poder judicial funciona como un mecanismo para perpetrar el autoritarismo en el tiempo.

El mismo problema al que se enfrentaron los países de América del Sur, sacrificados por regímenes violentos de derechas, lo tuvieron los países del antiguo bloque comunista, que vivieron experiencias revolucionarias de izquierdas que fueron igualmente incapaces de hacerlas compatibles con la democracia, violando masivamente las garantías fundamentales y los derechos humanos. Sólo está justificado ilustrar esta situación con un breve pasaje de la investigación de Herman Schwartz, que se centró en la creación y actuación de los tribunales constitucionales en los países del antiguo bloque soviético y en cómo se enfrentaron a los problemas políticos con implicaciones jurídicas, sobre todo civiles, penales y administrativas:

> En tres de estos países [del antiguo bloque comunista] -Polonia, Hungría y Bulgaria- los tribunales constitucionales han tenido que lidiar con el cruel dilema de reconciliarse con el pasado: el choque entre la necesidad apremiante de responder a los abusos del pasado y la necesidad de seguir adelante. Por un lado, es importante que se castigue a los transgresores; hay que asegurarles que no podrán seguir con sus ganancias a costa del sufrimiento de los demás. Más aún, permitir que continúen en sus cargos públicos puede sabotear la transición a la democracia. Por otra parte, perseguir a los infractores puede costar a estos países gran parte de su talento administrativo, de gestión y de otro tipo; puede penalizar a muchos de los que no son más culpables que otros que quedarán impunes; puede producir una "caza de brujas"; y puede generar oportunidades de chantaje, especialmente en los casos en los que es difícil evitar las filtraciones y

otras formas de uso indebido de archivos que a menudo están incompletos o incluso falsificados. Este es también el peligro de la culpabilidad por asociación. (Schwartz, 2002, p. 234).

En el análisis del autor, el papel de los tribunales constitucionales fue fundamental para frenar un proceso político de revancha contra los miembros del antiguo régimen, utilizando la premisa contramayoritaria y los valores sustanciales del Estado de Derecho sin que, por otro lado, esto suponga una falta de promoción de la justicia. Corresponde a los tribunales, haciendo uso de las ideas del Estado de Derecho y de los conceptos sustanciales de justicia, guiados por la razonabilidad que siempre se espera al decidir cuestiones delicadas, establecer los parámetros legales para la promoción de medidas reparadoras y, especialmente, de medidas restrictivas de derechos:

> Muchas de estas cuestiones han llegado a los tribunales constitucionales de Polonia, Hungría y Bulgaria, lo que les ha obligado a lidiar con cuestiones de restitución, esfuerzos de construcción doctrinal, investigaciones penales por actos cometidos hace años y a veces décadas, y la apertura de archivos policiales secretos. Los tribunales han frenado los impulsos de venganza impidiendo algunos de los esfuerzos por castigar a los antiguos funcionarios del Partido Comunista, al personal de los servicios de seguridad y a sus colaboradores. Los tribunales han limitado el alcance de muchas de estas medidas injustas permitiendo sólo las que se dirigen específicamente a los delincuentes y limitando la apertura de archivos. (Schwartz, 2000, p. 234-235).

El análisis de Schwartz permite identificar la difícil interrelación entre las políticas de justicia transicional necesarias para la consolidación democrática y la promoción de la justicia dentro de los parámetros razonables de una democracia constitucional. Por un lado, no promover la justicia significa posponer eternamente el conflicto (véase, por ejemplo, el caso francés: Bancaud, 2009), por otro, promover sólo la "justicia política" puede dividir a la sociedad y provocar la revuelta popular contra las instituciones, que seguirán siendo vistas como parciales y arbitrarias, perdiendo la oportunidad de aprovechar la aplicación de medidas transitorias para fomentar el proceso democrático.

Por un lado, los mayores problemas de la justicia transicional en el antiguo bloque comunista están relacionados con el funcionamiento de las instituciones públicas, que deben empezar a trabajar para la protección de la ciudadanía, y no ya para la seguridad del Estado y de la revolución, y las formas de reorganizar toda la sociedad para el retorno de la propiedad privada. Pero, por otro lado, en esos países es el propio proceso de transición el que inaugura (o reinaugura) algunas instituciones que juegan un papel central en las democracias, como los tribunales constitucionales, a diferencia de lo que ocurrió en Sudamérica, donde esos espacios fueron contaminados por el régimen autoritario.

Cuando volvemos la mirada a Sudamérica, por tanto, tenemos otro problema: la perpetración de crímenes masivos por parte del Estado, al amparo de perversas formas de legalidad formal, bajo el mando de instituciones permanentes de la estructura estatal que sobreviven (con o sin reformas) a la propia transición política. Si en el antiguo bloque comunista se pudieron desactivar los servicios secretos de seguridad que actuaban contra los ciudadanos del propio Estado, en los países donde se han producido golpes militares no es posible extinguir las fuerzas armadas y los servicios policiales, sino sólo reformarlos.

En este sentido, las dictaduras de Europa del Este se preocuparon menos por situar los procesos de represión política en un contexto legal, ya que estos procesos eran conducidos, en gran medida, por instituciones que eran independientes de un concepto de legalidad para existir, ya que los principales brazos operativos de la represión funcionaban en una zona de penumbra, controlados de forma eminentemente política. Todo el proceso de transición es eminentemente político, pero la actuación del Estado se basa necesariamente en el concepto de legalidad.

Es sobre una base legal cuando las transiciones pretenden conducir a democracias orientadas al derecho constitucional.

Por lo tanto, una vez caracterizada la peculiaridad del momento transitorio y el choque de legalidades formales y materiales derivadas del mismo, es necesario avanzar en la obtención de los fundamentos de la idea de "Estado de Derecho" utilizada para la aplicación de las medidas transitorias, ya que lo que aquí se verifica es que la aplicación de las citadas medidas transitorias conlleva una gran tensión en el fundamento de la idea de lo que es el Estado de Derecho, Llevando los límites del concepto formal hasta un punto en el que pierde por completo su capacidad explicativa y prescriptiva, empezando a generar incoherencias lógicas radicales, como la que hace que el principio de legalidad no sea una garantía para un juicio justo, sino un supuesto de impunidad a favor de quienes rompieron con la propia legalidad que el principio pretende proteger.

Para resolver esta tensión, el estudio se centrará en el análisis del propio concepto de Estado de Derecho en una democracia constitucional con el fin de llegar a una definición que no sea meramente formal y que permita distinguir entre Derecho y discrecionalidad que sea válida jurídicamente y legítima políticamente. Por lo tanto, este concepto debe ser aplicable para resolver las controversias que se exacerban al máximo en los debates en los períodos de transición. Sólo un concepto sustancial de Estado de Derecho, orientado a la democracia, podrá resolver, a través de la hermenéutica, las aparentes antinomias entre la legalidad formal y el cambio político que surgen como producto de la superación de los regímenes autoritarios, ya que éste es el concepto operativo que conecta el derecho y la política de forma recíprocamente limitada, permitiendo la consecución de parámetros razonables de actuación legítima.

3 superación de la estricta separación entre *justicia general* y *política*

Si las experiencias no democráticas fueron capaces de traumatizar a la sociedad mundial en el siglo XX, no se puede dejar de constatar los esfuerzos realizados y el éxito alcanzado en la estructuración de alternativas sostenibles para el mantenimiento de la democracia a largo plazo. La reestructuración de los Estados nacionales y la creación de un sistema internacional con capacidad de actuación son, sin duda, dos de los productos más exuberantes de la superación de las herencias de arbitrariedad y violación de derechos.

En el ámbito de los Estados nacionales, se ha consolidado una visión democrática e igualitaria del funcionamiento de las instituciones públicas, con una importante ampliación de las atribuciones y posibilidades de actuación de la justicia, ya sea en la promoción de la democracia o en la defensa contramayoritaria de las libertades individuales. A todos estos procesos en el ámbito jurídico y político se les ha dado el nombre de "neoconstitucionalismo", en oposición general a las antiguas ideas sobre lo que era y para qué servía una constitución.

Barroso define tres grandes hitos para situar el neoconstitucionalismo:

> (i) como hito histórico, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación tuvo lugar en las últimas décadas del siglo XX; (ii) como hito filosófico, el postpositivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y el acercamiento entre el Derecho y la ética; y (iii) como hito teórico, el conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la ampliación de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional (Barroso, 2007, p. 20).

Esta clasificación, que parte de la comprobación empírica a la elaboración teórica, demuestra inequívocamente la superación de la idea de que la ley, como texto escrito, pueda contener todo lo que es el Derecho y, además, la superación de la idea de que el Derecho, como práctica social, pueda contener a priori todas las respuestas necesarias a los problemas de la Justicia. La idea de Estado de Derecho, en estos

términos, se aleja de la noción de Estado de Derecho y se acerca a la noción de Estado de Derecho, conectando también con la teoría democrática a través de la idea de que la Constitución se acerca al Derecho y a la democracia en el Estado de Derecho Constitucional.

Dicha elucubración resulta de gran utilidad para este estudio, ya que, situando la consolidación del Estado Democrático de Derecho a finales del siglo XX, en última instancia, estamos hablando de la consolidación de un Estado de Derecho que en muchos casos es post-transicional y pretende ser más democrático de lo que es. El instrumento para la permanente democratización que tal pretensión conlleva será, entre otros, la propia Constitución, que, impregnada de principios, permite una permanente relectura tópica de la interrelación entre el Derecho y las cuestiones políticas, sanando en parte la problemática separación que el Derecho tenía no sólo con la Política, sino también con la Moral y la Ética en la época moderna. [5]

La Constitución, en este contexto, tiene un papel totalmente nuevo, debido a su capacidad de mediar las relaciones entre el Derecho y la Política en los más variados niveles, ya sea en su uso normativo o en sus más variados usos simbólicos, en los procesos de comunicación que permiten la entrada de las demandas políticas en el sistema jurídico, donde pueden seguir sólo como simbolismo o ganar efectivamente normatividad (Neves, 2007), dependiendo de las concepciones políticas de la justicia que se adopten por el Poder Judicial.

Barroso define esta tensión que surge en la aplicación, especialmente de los principios, como una tensión entre "la norma y la realidad", "de la que derivan las posibilidades y los límites del derecho constitucional" (Barroso, 2009,
p. 80). Estas lecturas afirman la existencia de independencia entre el Derecho y la Política, sin negar la interconexión entre ambos. Neves trabaja sobre la idea de la Constitución como "acoplamiento estructural" entre los sistemas de derecho y política, lo que le lleva a conceptualizar adecuadamente la existencia, en el Estado de Derecho, de mecanismos para que el sistema político intervenga democráticamente en la esfera jurídica y viceversa:

> A través de la Constitución como acoplamiento estructural, se excluye la injerencia de la política en el derecho que no esté mediada por mecanismos específicamente jurídicos, y viceversa. Se configura un vínculo intersistémico horizontal, propio del Estado de Derecho. La autonomía operativa de ambos sistemas es condición y resultado de la propia existencia de este acoplamiento. (Neves, 2006, p. 98).

De la síntesis de Neves y Barroso se desprende que el derecho constitucional, tal y como se entiende actualmente, constituye un campo de articulación de leyes y valores propios, que genera normas al ser aplicadas en el mundo concreto. Existe, pues, una autonomía del derecho con respecto a la política y una limitación del derecho con respecto a la realidad. Así, en la resolución constitucional de los casos concretos y, en consecuencia, en la jurisdicción constitucional, existe un doble proceso de legitimación, derivado de la legitimidad política del autor y del aplicador de la norma, que actúan en momentos distintos, actualizando históricamente el proyecto constitucional del país.

De todo ello se deriva la inoperancia de cualquier proyecto hermenéutico que pretenda extraer el sentido del derecho con vistas a la materialización de las demandas políticas sin visualizar el derecho como un sistema articulado de valores que recibe o no esas demandas en su seno; o, incluso, entender el derecho sin situarlo en su contexto histórico, lo que limita la eficacia de sus normas (aquí está la tensión entre la norma y la realidad).

Estas afirmaciones son especialmente válidas para las lecturas jurídicas que se hagan en los procesos de democratización, desde la perspectiva de la justicia transicional, donde el derecho y la Constitución se utilizan políticamente para inducir y/o sostener un cambio político más amplio, en un contexto histórico en el que la política (entendida simplemente como poder) es siempre hipertrófica en relación con el derecho (que

depende de él, ya que no hay autonomía funcional), y a menudo invade sus esferas de atribución, tratando de alterar el sentido mismo del Estado de Derecho, con el fin de compatibilizar órdenes jurídicos irreconciliables como "Estado de Derecho".

En los periodos de transición política moderna, debido a la enorme influencia positivista de finales del siglo XIX y principios del XX, se creó una enorme tensión para la consolidación del Estado de Derecho. Dicha tensión, en la bibliografía inglesa, se limita al propio concepto de *Estado de Derecho*. La expresión suele traducirse al portugués como "Estado de Direito", "supremacia da lei" e "império do Direito".

La dificultad de la traducción no se debe a ningún demérito de los profesionales del área, sino a la propia dificultad de establecer un marco conceptual preciso de lo que son "*Estado de Derecho*", "*L'Etat de Droit*" y "*Rechstaat",* que señalan contenidos parcialmente comunes y parcialmente distintos, en tres vertientes a la vez concurrentes y complementarias para la lectura constitucional contemporánea (cf. Rosenfeld, 2004, p. 17-21).

El primer gran ejemplo de cómo este debate sobre lo que es el *Estado de Derecho* se articula en torno al tema de la justicia transicional puede obtenerse del debate entre Herbert Hart y Lon L. Fuller publicado en 1958 por la *Harvard Law Review*. En ambos textos se discutía el legado del régimen nazi y el papel del derecho para el restablecimiento de la justicia en lo que sería, en la sistematización que aquí se propone, una primera fase de consolidación de la idea de justicia transicional, con gran énfasis en la justicia penal y un acalorado debate sobre la legitimidad de establecer castigos "retroactivos", haciendo nulo un sistema jurídico considerado ilegítimo. En el debate, Fuller refutó a Hart argumentando que los crímenes nazis se produjeron bajo la forma del derecho, pero no bajo el "*imperio de la ley*", determinando que el contenido del "derecho" proviene no sólo del texto de la ley, sino también de la moral (Fuller, 1958), haciendo explícito el debate entre forma y contenido en la semántica de la época, a partir de la división entre las lecturas juspositivistas y jusnaturalistas.

El mismo problema de consubstanciación del concepto ocurre con el término "*Estado de Derecho*" en la lengua española. La atención de Ferrajoli a la polisemia del término es bastante clara en el siguiente pasaje:

> La expresión "Estado de Derecho" suele entenderse en el uso actual como dos cosas diferentes, que deben distinguirse rigurosamente. En sentido amplio, débil o formal, el "Estado de Derecho" designa todo ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercidos en las formas y procedimientos establecidos por la misma. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término Rechtsstaat, los Estados de Derecho son todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluidos los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma jurídica. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, "Estado de Derecho" designa, por el contrario, sólo aquellos órdenes en los que los poderes públicos están sometidos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en cuanto a las formas, sino también en cuanto a los contenidos. En esta acepción más restringida [...] los Estados de Derecho son aquellos órdenes en los que todos los poderes, incluido el Legislativo, están vinculados respecto al respeto de principios sustanciales, establecidos por normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 2003,
> p. 13-14).

La distinción entre "Estado de *Derecho* formal" y "Estado de Derecho sustancial" que propone Ferrajoli no es muy diferente de la disputa en torno al concepto de *Estado de Derecho* que tuvo lugar hace cincuenta años entre Fuller y Hart. La principal diferencia es que, mientras el primero tuvo lugar en un contexto de disputa entre iusnaturalistas y iuspositivistas, el debate actual se produce en el marco de la consolidación de una lectura constitucionalista (o "neoconstitucionalista") del derecho que, en sí misma, ya tiene algunos predicados que conducen al establecimiento de un "estado de derecho", posee ya algunos predicados que conducen a la superación de la relación binomial entre "iusnaturalismo" y "iuspositivismo" a

través de la tensión y equiparación entre "democracia" y "derechos fundamentales" como polos recíprocamente limitantes inscritos en el orden constitucional (cf. Habermas, 2003).

Es en este contexto, donde se hace posible una idea post-positiva del Derecho sin el recurso exclusivo a las reglas morales, que Rosenfeld establece como tres requisitos mínimos esenciales para un "Estado de Derecho":

> En términos generales, el Estado de Derecho requiere (i) que la ciudadanía en su conjunto esté sujeta únicamente a las leyes publicadas; (ii) que la función legislativa se mantenga separada de la función judicial; (iii) y que ningún dirigente del Estado esté por encima de la ley. (2001, p. 2).

Además, Rosenfeld continúa afirmando que sin estos requisitos mínimos sobre el Estado de Derecho, lo que definimos como "democracia constitucional" se verá perjudicado, ya que los contenidos que cumplen tales conceptos están necesariamente interrelacionados. Para que exista una democracia constitucional deben cumplirse las siguientes condiciones: "[i] limitación de los poderes del gobierno, [ii] adhesión al Estado de Derecho, [iii] y protección de los derechos fundamentales" (ibíd., p. 03). Así, el concepto de "Estado de Derecho" se encargará de mediar en la relación entre la voluntad democrática y la protección individual de las personas, como se ha visto anteriormente en el ejemplo de los tribunales constitucionales de Europa del Este, que utilizaron la ley para restringir las reivindicaciones políticas que consideraban abusivas, de manera que la idea de "Estado de Derecho" encarna un conjunto de valores que no se opondrán, necesariamente la voluntad de una minoría o de una mayoría que se hace con el poder (como ocurre en una dictadura), sino la voluntad de los hombres como género que no depende del número, dado que la idea del Estado de Derecho también puede limitar la voluntad democrática de la mayoría cuando esta "voluntad de la mayoría de los hombres" se aparta de la protección del sistema de derechos.

Sucede que estas definiciones permiten la conceptualización negativa del Estado de Derecho, indicando lo que no es. El problema para llegar a una conceptualización positiva será, lógicamente, afrontar la doble dimensionalidad de los conceptos jurídico-políticos aplicados, que son: la dimensión descriptiva, pero también la prescriptiva. Ilustrar la interconexión entre las dimensiones descriptiva y prescriptiva de las categorizaciones sobre las formas de gobierno. Llevando esta discusión a la definición del alcance del Estado de Derecho, Rosenfeld define que:

> Las dificultades anteriores [sobre el concepto negativo] se ven agravadas por el hecho de que no hay consenso sobre lo que debe ser el "Estado de Derecho", aunque está razonablemente claro lo que es contrario a él. Una parte importante del problema radica en que el "Estado de Derecho" es un "concepto esencialmente discutible", es decir, un concepto con un contenido tanto descriptivo como prescriptivo sobre el que no hay acuerdo. Al igual que en el caso de conceptos como "libertad" o "igualdad", el significado descriptivo del "Estado de Derecho" depende del significado prescriptivo que se le atribuya, y típicamente en el contexto de la compleja política contemporánea habrá un vigoroso debate y desacuerdo sobre los fundamentos prescriptivos relevantes. (ibíd., p. 04).

4 CONSIDERACIONES FINALES: JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y ESTADO DE DERECHO SUSTANCIAL

Así, si una visión formal, desprovista de todo contenido, de lo que es el "Estado de Derecho" puede permitir que una dictadura se llame a sí misma Estado de Derecho, ya que se fundamenta en leyes, una visión sustancial no ofrece ningún refugio a tal interpretación, ya que cuando la idea de Estado de Derecho está conectada a la idea de una democracia constitucional, la afirmación de que las leyes que no son legítimas y

desconectadas del propio proceso constitucional

se aceptan como leyes de la ley, y no leyes de los hombres. Así es como el Estado de Derecho, entendido como el "Imperio del Derecho", y no como el "imperio del texto legal", evita lo que Rosenfeld define como la mayor paradoja del Estado de Derecho, consistente en su utilización para negar los principios en los que se basa.

Es así como sólo una visión sustancial de lo que es el Derecho permite su funcionamiento legítimo como mecanismo de aplicación de la voluntad de la mayoría y con respeto a las libertades individuales que sustentan el régimen democrático:

> En cuanto a la estructura institucional necesaria para la democracia constitucional, y la aplicación de la voluntad de la mayoría a través de la ley, el Estado de Derecho aparece definitivamente del lado del Estado, y a menudo en contra de los ciudadanos. Por el contrario, en relación con la protección de los derechos fundamentales, el Estado de Derecho aparece del lado de los ciudadanos frente al Estado. La extensión del derecho constitucional puede ser invocada por los ciudadanos contra las leyes y políticas del Estado. (Rosenfeld, 2001, p. 04).

Considerando esta paradoja como parte permanente de la propia idea de *Estado de Derecho* como regla de derecho, Rosenfeld podrá complementar su conceptualización negativa y desarrollar finalmente una concepción mínima y positiva del Estado de Derecho:

> El "Estado de Derecho" se contrapone a menudo al "Estado de la voluntad de los hombres". Mientras que, por lo general, la "regulación por la voluntad de los hombres" (o, como decimos hoy, la "regulación por la voluntad de los individuos") suele tener la connotación de un gobierno personal irrestricto y potencialmente arbitrario por parte de un legislador ilimitado y tal vez impredecible, esto se entenderá en términos más generales. Para el presente propósito, incluso la regulación por ley será considerada como "regulación por la voluntad de los hombres" si la ley puede ser cambiada unilateral y arbitrariamente, si es ampliamente ignorada, o si el legislador y sus asociados permanecen constantemente por encima de la propia ley. Por lo tanto, el Estado de Derecho requiere, como mínimo, [i] una justicia generalizada regulada por la ley,
> [ii] una cantidad sustantiva de disposiciones legales - a través de leyes de aplicación general, publicadas y ampliamente esperadas; [iii] una separación significativa entre el poder legislativo y el judicial; y, [iv] una amplia adhesión al principio de que nadie está por encima de la ley. En consecuencia, cualquier régimen jurídico que se ajuste a estos requisitos mínimos se considerará satisfactorio para las prescripciones del "Estado de Derecho en sentido estricto". (ibíd., p. 12).

Por último, al conectar las ideas de Estado de Derecho y Democracia Constitucional, queda pendiente la cuestión de la legitimidad, para la que Rosenfeld también presentará tres condiciones mínimas necesarias que, sin embargo, pueden no ser suficientes para la legitimación del sistema de derechos en casos concretos cuando la sustancia contenida en la idea de "Estado de Derecho" se ve socavada: "Para ser legítimo, el Estado de Derecho parece tener que ser [i] democráticamente responsable, [ii] procesalmente justo, e incluso, [iii] sustancialmente fundado" (ibíd., p. 13).

Las ideas normativas contenidas en el concepto de justicia transicional, en este sentido, añaden fuerza política a la consolidación del Estado de Derecho democrático, al hacerse visibles los contornos políticos contenidos en las decisiones que limitan la democracia en nombre de los derechos fundamentales. En el caso concreto, la lección es que ciertos derechos no pueden ser limitados por la democracia, so pena de desconfigurar el Estado de Derecho. Obviamente, en estos términos, no hay legitimidad de excepción

presente en una dictadura que pueda hacerlo.

Además, la sustancialización del derecho permite distinguir claramente entre lo que es derecho y lo que es discrecionalidad, proporcionando una salida a la trampa positivista de impedir que las leyes de una dictadura sean cuestionadas por el simple hecho de ser un conjunto positivo de leyes ordenadas según una norma previa.

Así es como el debate sobre la justicia transicional permite una reflexión afirmativa más completa sobre el Estado de Derecho, posibilitando vías concretas para su aplicación en zonas extremadamente delicadas. La Justicia Transicional, en un momento dado, se ocupa de un gran legado de violaciones de los derechos humanos y fundamentales en el pasado, pero también de un conjunto de ideas políticas que las hicieron viables y aceptables (aunque fuera tácitamente) en un periodo determinado. El rescate de este debate y su vuelta a los términos de la justicia permite, al mismo tiempo, la restauración de la confianza cívica de los ciudadanos en el Estado, la reequipamiento de todos como iguales ante la ley democrática y autolimitada y, sobre todo, la negación por parte del Estado Democrático de Derecho de toda forma de arbitrariedad y de violación del pasado -incluso de las que se celebran en su nombre.

REFERENCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. En: SANTOS, Boaventura; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Org.). Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro. Brasilia/ Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

AVRITZER, Leonardo. Democracia y espacio público en América Latina. Princeton: Princeton University Press,

2002. BARROSO, Luís Roberto. Derecho Constitucional Contemporáneo. Río de Janeiro: Renovar, 2009.

BANCAUD, Alain. La justicia penal y el tratamiento de un conflicto interminable - Francia y el final de la Segunda Guerra Mundial (1944-2009). Trad. José Ribas Vieira y Marcelo D. Torelly. En: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministerio de Justicia, n. 1, p. 84-111, ene./jun. 2009.

BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis. Derecho y republicanismo: mapeo de los problemas. En: BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis (Org.). Republicanismo jurídico - Perspectivas nacionales e internacionales. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 03.37

BICKFORD, Louis. Justicia transicional. En: The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volumen III. Nueva York: MacMillan, 2004. p. 1045-1047.

BOIS-PEDAÏN, Antje du. Amnistía transitoria en Sudáfrica. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional e a Política da Memória: Uma Visão Global. En: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministério da Justiça, n. 1, p. 56-83, ene./jun. 2009.

ELSTER, Jon. Rendición de Cuentas - La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica. Buenos Aires: Katz, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trota, 2003. p. 13-29.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart. En: Harvard Law Review, n. 71, 1958.

GENRO, Tarso. Teoría de la democracia y justicia de la transición. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

GINZBURG, Carlo. La prueva, la memoria y el olvido. En: EIROA, Pablo; OTERO, Juan. Memoria y Derecho Penal. Buenos Aires: Fabián di Plácido editor, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Estado de derecho democrático: ¿un enredo paradójico de principios contradictorios? En: HABERMAS, Jürgen. La era de las transiciones. Río de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MAY, Larry. Crímenes contra la Humanidad - un relato normativo. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MAYER-RIECKH, Alexander; DE GREIFF, Pablo (Org.). La justicia como prevención: la investigación de los empleados públicos en las sociedades en transición. Nueva York: Social Science Research Council, 2007.

ONU (HR/PUB/06/4). Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: iniciativas de enjuiciamiento. Ginebra, 2006.

PEREIRA, Anthony. (In)Justicia política - Autoritarismo y Estado de Derecho en Brasil, Chile y Argentina. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2005.

RAWLS, John. Una teoría de la justicia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSENFELD, Michel. La identidad del sujeto constitucional y el Estado Democrático de Derecho. En: Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 12, p. 11-63, 2004.

SCHWARTZ, Herman. La lucha por la justicia constitucional en la Europa poscomunista. Chicago y Londres: Chicago University Press, 2002.

TEITEL, Ruti. Justicia transicional. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2000.

TEITEL, Ruti. Genealogía de la Justicia Transicional. En: Harvard Human Rights Journal, v. 16,

2003.

VAN ZYL, Paul. Promover la justicia transicional en las sociedades en situación de posconflicto. En: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministerio de Justicia, n. 1, p. 32-55, Ene./Jun. 2009.

WOUTERS, Jan. La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional. En: HURTADO, Michael Reed (Org.). Judicialización de los delitos del sistema: estudio de casos y análisis comparativo. Bogotá: ICTJ, 2008. p. 79-98.

NOTAS

[1] Parte de este texto es producto de la tesis de maestría "Justiça de Transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro" presentada por Marcelo D. Torelly en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia, bajo la supervisión de Eneá de Stutz e Almeida. Una versión preliminar de este texto fue debatida en el XIX Congreso Nacional del Consejo Nacional de Investigación y Posgrado en Derecho (CONPEDI).

[2] Para el desarrollo de este debate, véase el texto "Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação" (Abrão y Torelly, 2010).

[3] "[E]s posible que las violaciones [de la justicia legal pura en el proceso de transición] sean inevitables, e incluso deseables en algunas situaciones, e incluso cuando no lo son, pueden ser comprensibles e incluso perdonables. Cuando se acumulan muchas violaciones, o cuando la violación es de criterios fundamentales de todo tipo, se llega a un punto en el que la propia idea de justicia legal es sustituida por la de justicia política." (Eslter, 2006, p. 108).

[4] Barroso define una concepción positivo-normativista de la Constitución, que consecuentemente vincula al ordenamiento jurídico, estableciendo su oposición a una concepción sociologista, en los siguientes términos: "En la vertiente opuesta se encuentra la concepción estrictamente jurídica de la Constitución, vista como ley suprema del Estado. Vinculada al positivismo normativista, esta corriente tuvo su punto culminante en la elaboración teórica de Hans Kelsen, considerado uno de los más grandes juristas del siglo XX. En busca de un tratamiento científico que otorgara "objetividad y exactitud" al Derecho, Kelsen desarrolló su teoría pura, en la que trató de depurar su objeto de elementos procedentes de otras ciencias (como la sociología, la filosofía), así como de la política y, en cierta medida, incluso de la propia realidad. El derecho es una norma; el mundo normativo es el del deber ser, y no el del ser. En esta disociación de otras ciencias, de la política y del mundo de los hechos, Kelsen concibió la Constitución (y el Derecho mismo) como una estructura formal, cuya nota era el carácter normativo, la prescripción de un deber ser, al margen de la legitimidad o justicia de su contenido y de la realidad política subyacente." (2009, p. 79).

[5] A este respecto, Barroso afirma: "El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el pospositivismo. En cierto sentido, se presenta como una tercera vía entre las concepciones positivista y iusnaturalista: no trata sin importancia las exigencias de claridad, certeza y objetividad del Derecho, pero no lo concibe desconectado de una filosofía moral y de una filosofía política. Impugna, así, el postulado positivista de separación entre Derecho, moral y política, no para negar la especificidad del objeto de cada uno de estos dominios, sino para reconocer la imposibilidad de tratarlos como espacios totalmente segmentados, que no se influyen mutuamente". (2007, p. 06).