

## Jueces, teoría del derecho e ideología en Suramérica

### *Juízes, teoria jurídica e ideologia na América do Sul*

### *Judges, legal theory and ideology in South America*

Jairo Vladimir Llano Franco<sup>1</sup>  
Universidad Javeriana Cali

Submissão: 29/09/2023

Aceite: 21/12/2023

#### Resumen

En el contexto sociojurídico latinoamericano el predominio del positivismo y el formalismo jurídico ha sido determinante para que la práctica jurídica sea difundida como imparcial y objetiva por parte de los distintos actores del campo jurídico, percepción que ha sido esencial para la instrumentalización del derecho, que en repetidas ocasiones beneficia a las élites e intereses particulares, sin embargo este predominio en tiempos recientes ha sido limitado por la aparición de otras perspectivas teóricas como la Argumentación Jurídica, el Neoconstitucionalismo, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, la Crítica Jurídica, la Justicia Transicional, entre otras posibilidades. Esta proliferación teórica ha llevado a dos escenarios, primero que el derecho en su práctica sea más democrático, los jueces constitucionales realizan sentencias progresistas teniendo como referencia los tratados internacionales de derechos, la interpretación de la realidad y los principios constitucionales y el segundo escenario, es que las decisiones sobre las investigaciones judiciales de los poderes políticos se han intensificado con acciones que oscilan entre la responsabilidad penal y administrativa de los investigados de una forma equilibrada e impunidad y beneficios para quienes tienen incidencia en las instancias de decisión.

#### Palabras clave

Jueces – Teoría del derecho – ideología – política y América del Sur.

#### Resumo

No contexto sócio-jurídico latino-americano, o predomínio do positivismo e do formalismo jurídico tem sido decisivo para que a prática jurídica seja divulgada de forma imparcial e objetiva pelos diferentes atores do campo jurídico, percepção que tem sido essencial para a instrumentalização do direito, que repetidamente beneficia elites e interesses particulares, porém esta predominância nos últimos tempos tem sido limitada pelo surgimento de outras perspectivas teóricas como a Argumentação Jurídica, o

Neoconstitucionalismo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, a Crítica Jurídica, a Justiça Transicional, entre outras. Esta proliferação teórica levou a dois cenários, primeiro que o direito na sua prática é mais democrático, os juízes constitucionais tomam decisões progressistas tendo como referência os tratados internacionais de direitos, a interpretação da realidade e dos princípios constitucionais e o segundo cenário, que é que as decisões sobre as investigações judiciais dos poderes políticos têm se intensificado com ações que oscilam entre a responsabilização criminal e administrativa dos investigados de forma equilibrada e a impunidade e benefícios para aqueles que têm impacto nos órgãos de decisão.

### Palavras-chave

Juízes – Teoria do Direito – Ideologia – Política e América do Sul.

### Abstract

In the Latin American socio-legal context, the predominance of positivism and legal formalism has been decisive for legal practice to be disseminated as impartial and objective by the different actors in the legal field, a perception that has been essential for the instrumentalization of law, which in repeatedly benefits the elites and private interests, however this dominance in recent times has been limited by the appearance of other theoretical perspectives such as Legal Argumentation, Neoconstitutionalism, New Latin American Constitutionalism, Legal Criticism, Transitional Justice, among others. possibilities. This theoretical proliferation has led to two scenarios, first that the law in its practice is more democratic, the constitutional judges carry out progressive sentences taking as reference the international rights treaties, the interpretation of reality and the constitutional principles and the second scenario is that the decisions on the judicial investigations of the political powers have been intensified with actions that oscillate between the criminal and administrative responsibility of those investigated in a balanced way and impunity and benefits for those who have an influence on the decision-making bodies.

### Keywords

Judges, Theory of Law, Ideology, Politics and South America

### Sumário

Introducción. Metodología. Desarrollo. Postulados teóricos de Kelsen y su oposición a la dictadura. Neutralidad de los jueces en las dictaduras de Chile y Brasil. Dictadura en Argentina y Estados de excepción en Colombia. Conclusión

### Introducción

El presente documento expone como la ideología está presente en las decisiones de los jueces y que pese a postulados de neutralidad y objetividad de teóricos del derecho como Hans Kelsen que sustentan que las decisiones judiciales deben estar por fuera de los valores, la ideología, el pensamiento político y los intereses no solamente económicos sino también del estatus y la posición social, es algo complejo de realizar plenamente, debido a que la subjetividad siempre está presente en cualquier

decisión de carácter jurídica y aunque en repetidas situaciones esta se encuentra reducida y limitada, en otras aparece notablemente.

Precisamente, el artículo se expone desde la perspectiva de la crítica del derecho, permitiendo determinar como la ideología, los intereses políticos-económicos y la subjetividad no se han podido reducir o limitar por parte de los jueces latinoamericanos, llevando incluso que en momentos críticos como los golpes y las dictaduras militares se vayan de ese lado, pese a que estarían en contra del mismo modelo de Estado de derecho, que pregona la división de poderes, en esta deliberación también es importante vincular la criminología crítica que devela como el derecho y su área penal se va en ciertos momentos a favor de los totalitarismos.

El artículo inicia con una reflexión del mayor representante del positivismo jurídico en parte del siglo XX, el profesor Hans Kelsen, donde se sustenta su postulado de cientificidad del derecho para demostrar la neutralidad en las decisiones de carácter jurídico, pero también como en distintos apartes de su vasta producción se opone a las dictaduras y el totalitarismo, precisamente una de las causas por las cuales tuvo que abandonar Austria y Alemania. En el segundo ítem se expone como los jueces latinoamericanos en las dictaduras fueron obligados a obedecer lo que orientaban los militares, teniendo que ir en contra del influyente pensamiento kelseniano, para comprender la situación se sustenta a grosso modo lo sucedido en Chile y Brasil, para posteriormente pasar y finalizar con lo acontecido en la dictadura de Argentina y los estados de excepción en Colombia.

## Metodología

En las investigaciones recientes se asiste a la utilización de múltiples métodos y técnicas de investigación, situación que no es ajena a los estudios de carácter sociojurídico, en el presente trabajo el método histórico ha sido esencial para revisar desde una bibliografía especializada sobre los acontecimientos sucedidos en la región suramericana en lo respectivo a las dictaduras; también se acude a la técnica interpretativa para analizar lo que ha ocurrido con los jueces en situaciones de urgencia y anormalidad institucional como es el caso de las dictaduras y totalitarismo. Se estaría realizando un estudio de carácter interdisciplinario, que surge de la ciencia jurídica con

las especialidades como la historia y la filosofía del derecho, la sociología y la antropología jurídica, y la teoría del derecho.

## Desarrollo

### Postulados teóricos de Kelsen y su oposición a la dictadura

La influencia histórica que ha tenido el positivismo jurídico de características más conservadoras y el formalismo en la formación de abogados en el contexto académico jurídico en América Latina es innegable, por eso la concepción de que el derecho es una disciplina neutral, donde los jueces como representación principal de la práctica jurídica han de decidir de acuerdo a una estructura jurídica racional: “..., la concepción [...] del positivismo legalista [...] como el conjunto de reglas o normas coercibles [...] aprestaba a los abogados a servir al estado, con independencia de cuán respetuosos de la constitución, la legalidad y los derechos fueran los gobernantes” (Pérez, 2013, p. 62).

La expansión práctica de la teoría positivista, las leyes que producía el legislador que eran consideradas esenciales para el funcionamiento del sistema jurídico, las leyes deberían reproducirse por medio del juez que las aplicaba de acuerdo a los problemas jurídicos en los cuales debía decidir y la ciudadanía en general debería obedecer estas leyes que eran promulgadas por dos protagonistas de la división de poderes de la modernidad, el legislador y el ejecutivo, que además en la teoría jurídica y política de la época eran considerados soberanos porque representaban al pueblo que los elegía de forma democrática, lo que los teóricos del derecho y la teoría del derecho y la ciencia política italiana denominan democracia formal: “..., la naturaleza de la democracia, que ya no consiste en el simple poder de las mayorías políticas [...] Así, a la dimensión formal de la democracia, asegurada por la representación política, se ha añadido una dimensión sustancial” (Ferrajoli, 2018, p. 16).

Esta concepción teórico-práctica del derecho entraría en crisis por lo sucedido en varios países de Europa en el transcurso del siglo XX, la democracia formal que tanto ha sido defendido de forma reciente por los gobiernos de los Estado Unidos, sería la puerta de entrada de partidos políticos con percepciones conservadoras y totalitarias, que con el transcurrir de años, se convertirían en los partidos de mayor reconocimiento y votación por parte de los ciudadanos donde incursionaban.

Fue el caso de Alemania donde el partido político Nazi lograría las mayorías parlamentarias, por supuesto con alianza de otros partidos que consideraban viable sus propuestas, colocarían el ejecutivo, teniendo dos de los tres poderes dirigiendo el país, situación que llevaría a la configuración de una Alemania totalitaria, dominante e imperial, donde las leyes eran proclamadas de acuerdo a los intereses del partido mayoritario que no tenía inconvenientes en aplicarlas, aunque estuvieran en contra del interés general, situación que describe acertadamente en su autobiografía sobre lo acontecido en el contexto austriaco-alemán: "..., la línea política exterior, que el Partido Social Cristiano seguía de manera cada vez más clara: acercamiento a la Italia fascista [...] los socialcristianos solo conformaban una mayoría conjuntamente con los nacional-alemanes" (Kelsen, 2008, pp. 134-135).

Estas leyes que se producían por parte de estos dos poderes, no eran cuestionadas por los jueces, por lo contrario, eran aplicadas sin contemplación por parte del poder judicial, mostrando que la neutralidad no es tan clara por parte de la organización judicial, donde sus decisiones se encuentran orientadas por el poder político representado en el parlamento y el ejecutivo, situación que se aleja de lo propuesto por Kelsen de colocar límites jurídicos al ejercicio del poder: "La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder [...] El parlamento y el gobierno, en cuanto son órganos que participan en la tarea legislativa, son precisamente los principales poderes que deben ser controlados" (Córdova, 2013, pp. 280-281)

Al no tener límites el ejecutivo y el parlamento e incidir en las decisiones judiciales de estos dos poderes, se estaría en una especie de dictadura de un solo partido, ya que dominaría las tres instancias del poder estatal, situación que expone adecuadamente Kelsen: "El Estado de partidos se ha convertido en Estado de un solo partido, esto es, en dictadura de partido, desde el momento que un partido único ha alcanzado el poder para ejercerlo exclusivamente por sí mismo, excluyendo a todos los restantes" (Kelsen, 2008, p. 464)

Al convertirse el Estado de derecho en una dictadura, llevaría que sus dirigentes no se conformarían con el control de los ciudadanos a nivel interno sino que su pretensión sería el control en lo externo, configurando procesos de expansión en el continente europeo por medio de la fuerza, originando tensiones y confrontaciones

armadas que llevarían a la catástrofe humanitaria de la Segunda Guerra Mundial, y al mismo tiempo que llevaría a la crisis de la democracia formal, el positivismo y el formalismo jurídico.

Ante la crisis teórica-práctica del derecho que ocasiono el desmonte del formalismo y el positivismo jurídico tradicional, llevaría al surgimiento de tres salidas: la primera, la renovación del positivismo jurídico, la segunda la aparición de nuevas teorías del derecho que se preocupaban por la moral y la política en el derecho, y la tercera, sería la consolidación de teorías que eran excluidas y marginadas del derecho y que adquirirían protagonismo recientemente, precisamente por anticipar los peligros de la democracia formal, se estaría entonces a la aparición de un nuevo derecho: “Un derecho nuevo apareció con el advenimiento del Estado providencia [...] asistimos a un proceso de des-formalización del derecho [...] las normas devienen parcelarias e inestables. La generalidad de la ley envejece [...] abarcar al máximo la realidad social procura ajustes incesantes” (Chevallier, 2015, p. 121).

El primer teórico que pretendía la renovación del positivismo jurídico sería Hans Kelsen, que al tener que presenciar los procesos de totalitarismo de su querida región germánica, donde fue directamente víctima por la persecución que realizaría el régimen sobre él, lo llevaría a plantear un positivismo que desde la práctica no tendría su mayor compromiso de producción del derecho en el parlamento y el ejecutivo, que eran considerados sospechosos para la creación del derecho y para la misma ciudadanía, por la posibilidad que apareciera la dictadura y el totalitarismo, como realmente ocurrió en varios países de Europa, por eso para Kelsen el juez se convertiría en la figura esencial en el derecho y el centro de la creación de la misma, ya que tenía la formación académica para comprender el sistema jurídico contemporáneo y realizar sus decisiones desde esta comprensión.

Pese a que Kelsen negara la moral en el derecho, sus interpretaciones y avances teóricos eran de un compromiso para el bienestar de los ciudadanos y de la figura del juez como protector. Este avance teórico proyectaba el juez constitucional como la máxima figura del derecho, en contravía de la percepción de que el legislador era el soberano y el ejecutivo su más importante representante, tanto en las decisiones políticas como en las jurídicas: “Kelsen obviamente se dio cuenta de que podía presentarse el caso de parlamentos que expidieran leyes arbitrariamente contrarias a la

Constitución [...] era apropiado revestir al poder judicial en general, o a una corte en especial, de los mecanismos legales pertinentes” (Moreso, 2012, pp. 360-361)

La importancia del juez constitucional en el sistema jurídico de un determinado Estado contemporáneo, precisamente, era porque interpretaba la Constitución que para Kelsen era el documento jurídico más importante, las leyes deberían someterse a la revisión del juez constitucional que era el experto en asuntos constitucionales, transformando la concepción formalista que el juez era simplemente un reproductor de la ley, en el postulado de Kelsen sería lo contrario, la ley era producto de la Constitución, por lo cual el control sobre las leyes del parlamento o el ejecutivo deberían pasar por ese tribunal especializado que Kelsen propone desde la Constitución de Austria, posesionando a los jueces constitucionales como igual o incluso superior a los dos restantes poderes del Estado.

Se pasa de la creación del derecho por parte del parlamento y el ejecutivo, al Tribunal Constitucional. Este postulado llevaría a la aparición de control constitucional sobre las leyes por parte del Tribunal Constitucional, diferenciándose del postulado estadounidense donde el control constitucional que es realizado por distintos jueces, este control constitucional propuesto por Kelsen se conoce como concentrado ya que lo realiza exclusivamente un Tribunal: “..., el Tribunal Constitucional ejercía una suerte de legislación negativa [...] Agregó como acotación final que era prácticamente imposible que un parlamento fuera control de sí mismo, esto es, que derogase o dejase sin efecto normas aprobadas por el propio órgano legislativo” (García, 2012, p. 74)

Precisamente, el Tribunal Constitucional lleva a que la interpretación de la Constitución y en últimas, las decisiones que este Tribunal realiza sean lo más adecuadas al derecho, donde los intereses particulares sean excluidos de las respectivas decisiones, sin embargo, pese a esta concepción que transforma el positivismo jurídico como teoría y lo vincula más a una realidad cambiante, no es suficiente para evitar la intromisión del legislativo y el ejecutivo.

Por eso la propuesta de Kelsen se complementa con el derecho internacional público o derecho internacional de los Estados, donde la relación entre ellos para la colaboración mutua es esencial para evitar la confrontación, que derribe en situaciones trágicas, es aquí donde un tribunal internacional semejante a su propuesta de Tribunal Constitucional adquiere importancia, ya que no se puede desconocer que en algún

momento el Tribunal Constitucional Estatal pueda captarse por parte de los poderes políticos: “La construcción monista kelseniana da primacía al derecho internacional, al considerar dicho derecho como un orden jurídico superior a los diversos ordenes estatales; esto resulta *prima facie* de una idea moral” (Navas, 2004, p. 208).

Las propuestas de teoría del derecho y del Estado de Kelsen eran contra las dictaduras y el totalitarismo, con la pretensión de prevenir que la Constitución y los ciudadanos sean vulnerados en sus normas fundamentales, era un postulado teórico en defensa de la democracia ya no formal sino sustancial, concibiendo el juez como experto, pero también como persona que podía ser influenciada por esos complejos poderes políticos.

La producción teórica, sus publicaciones y sus reflexiones académicas en auditorios de académicos provenientes del derecho donde planteaba la neutralidad del juez e incluso del mismo derecho, sería contradictorio con la vida de este académico, sus postulados que eran concebidos por su amplia objetividad o con la pretensión de lograr lo más objetivo en las acciones y decisiones jurídicas, era aceptado por círculos de la academia jurídica no solamente alemana sino también internacional, pero desde esta misma academia se consideraba a Kelsen como socialdemócrata e incluso con simpatías por las ideas socialistas, ya que entre los profesores y estudiantes que lo rodeaban se encontraban participando de estas concepciones políticas, esta relación, su descendencia judía y sus críticas al nacional socialismo llevaría a que la persecución por parte del partido de gobierno Nazi se realizara de forma constante, a lo que el profesor Kelsen reaccionó pasando de universidad en universidad para alcanzar cierta estabilidad ante la persecución que se le adelantaba: “... sus mismos compañeros e incluso alumnos, que antes de la llegada de ese sistema lo buscaban y alababan, ahora le hacían la vida imposible, prácticamente insoportable. Fue una época terrible donde lo expulsaban de sus cátedras diversas universidades, teniendo que viajar constantemente por Europa buscando seguridad y acomodo, cosa que nunca logró” (Feher, 2013, pp. 183-184)

Al final Kelsen terminaría exiliándose en los Estados Unidos, donde por un tiempo sería profesor de Harvard en la cátedra “Oliver Holmes” realista jurídico y que en parte estaría en contravía de su teoría del derecho, para terminar su vida académica en la Universidad de California, Berkeley, donde sería profesor titular del departamento



de ciencia política y no de programas de derecho donde dedicó su obra teórica. Esto muestra como uno de los teóricos del derecho más destacado en el siglo XX y que planteaba la pureza del derecho, no se puede sustraer de los conflictos históricos de su tiempo, que lo llevarían a enseñar en una cátedra opuesta a su concepción teórica y en un programa de ciencia política, situación irónica, debido precisamente a que uno de sus postulados era alejar la ideología política y otras disciplinas del derecho.

### Neutralidad de los jueces en las dictaduras de Chile y Brasil

Para el contexto latinoamericano la reproducción teórica de Kelsen fue realizada desde las pretensiones de neutralidad, objetividad y negación de lo interdisciplinario, en los programas de derecho en el transcurso del siglo XX, lo más transcendental de la profesión era la formación en lo normativo, percepción que llevaría a que los jueces fueran neutrales y objetivos en sus decisiones, precisamente esta percepción kelseniana sería la aceptada en la concepción y la práctica de los jueces latinoamericanos, aceptación que llevaría paradójicamente a que los jueces fueran obedientes del ejecutivo y el legislativo, nada más opuesto a la teoría de Kelsen de su control constitucional concentrado de los poderes políticos por parte de los jueces constitucionales.

Esta objetividad, neutralidad y sobre todo obediencia llevaría que en su mayoría los jueces latinoamericanos fueran cómplices de las dictaduras de mediados y finales del siglo XX, postulado que se comparte con el profesor brasileño Antonio Carlos Wolkmer (2018), las instituciones políticas brasileñas y en gran parte las latinoamericanas, el poder judicial, históricamente, no ha sido la instancia marcada por una postura independiente, creativa y avanzada, con relación con los graves problemas de orden político y social. Al contrario, se trata de un órgano elitista que, casi siempre ocultado por el pseudoneutralismo y por el tecnicismo casuístico, actúa demasiado sometido a los dictámenes del orden dominante (p. 93).

Uno de los referentes representativos fue la dictadura militar en Chile que pese a configurarse desde la ilegalidad y la inconstitucionalidad los jueces chilenos fueron obedientes y colaboradores del régimen dictatorial, modelo estatal que Kelsen siempre criticó y porque no decirlo, combatió desde su perspectiva teórica, lo paradójico es que la justificación de la colaboración con la dictadura fue la obediencia a la ley proveniente

de un positivismo jurídico legalista: “..., los jueces chilenos colaboraron con el régimen autoritario. Los tribunales, no solamente permitieron al gobierno militar de gozar de una autonomía casi absoluta en su guerra contra el marxismo, sino que en repetidas ocasiones dieron sustento jurídico al expansivo poder policial del régimen. Los jueces aceptaron sin cuestionamientos las explicaciones dadas por el gobierno sobre la suerte de las personas desaparecidas, y aplicaron los decretos, leyes secretas y políticas que violaban el ordenamiento jurídico del país. La Corte Suprema, portavoz del Poder Judicial, apoyó públicamente la toma del poder por parte del general Pinochet y declaró que los recursos de amparo obstruían la capacidad de la Corte para lidiar con los asuntos urgentes de la jurisdicción” (Hilbink, 2015).

Esto muestra que los jueces chilenos fueron en parte cómplices de las torturas, tratos crueles, desaparición forzada, interceptaciones ilegales, homicidios, genocidio, entre otras actividades que se realizaron en el transcurso de la dictadura chilena por las fuerzas militares, los procesos e investigaciones que se realizaron posteriormente solamente los miembros de las fuerzas militares fueron los responsables, desconociendo otros actores que colaboraron con la permanencia de la dictadura por varios años en las instancias de decisión gubernamental.

Esta especie de complicidad con la dictadura chilena se extendió al modelo económico que sería implementado en estos años de predominio militar, Chile se convertiría el primer país de la región en implementar el modelo económico, político y social del neoliberalismo, propuestas que surgirían desde los Chicago Boys y su mentor ideológico Milton Friedmann, donde la libertad de mercado, la inversión extranjera, la privatización de las instituciones y servicios públicos, el ajuste fiscal, la reducción del gasto público, la disminución de la burocracia estatal, entre otras opciones desprendidas del modelo neoliberal se llevarían a cabo plenamente por parte de los dirigentes dictatoriales chilenos.

Ante esta implementación del modelo neoliberal los jueces también fueron cómplices debido a que en ningún momento se le opusieron, pese a que este modelo estaría en contravía de los derechos sociales fundamentales y del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho que ya se implementaba desde la posguerra en Europa, por eso el desmonte de derechos laborales, sociales, económicos y culturales fue la constante durante este periodo, que además se le sumaría la afectación negativa

de los derechos políticos, de libertades y procesales, era una rama judicial al servicio de la dictadura y de un modelo estatal, el neoliberal.

Pero no solamente Chile tendría esta situación dictatorial de las fuerzas armadas y de colaboración de los jueces, en los años 70 del siglo XX la mayoría de los Estados latinoamericanos se encontraban en regímenes autoritarios y donde el papel de los jueces osciló entre el silencio cómplice y el apoyo a las acciones legales que determinaban los dirigentes de estos regímenes: “La América Latina del siglo XX parecía destinada a las dictaduras. En 1978, solamente tres países escapaban al autoritarismo: Colombia, Venezuela y Costa Rica. Pero los regímenes de hecho y de fuerza son por naturaleza efímeros” (Rouquié, 2011, p. 113).

La dictadura más extensa en Sudamérica fue la de Brasil (1964-1985), la segunda fue la chilena (1973-1990) y la Argentina fue más corta (1976-1983), pero la cantidad de víctimas fue representativa: “Se revelaron en Brasil, en 21 años, 300 asesinatos políticos, 125 desaparecidos, 1.843 casos de tortura. En Argentina, con una población cinco veces menor, una comisión oficial contabilizó, entre 1976 y 1983, 8.960 desaparecidos en los campos de detención clandestinos de la dictadura. Uruguay, así estuviera privada de democracia sigue siendo una tierra de moderación. En los años de plomo se relevarán centenares de miles desaparecidos. En cuanto a Chile posterior al 11 de septiembre de 1973, 3.104 personas fueron ejecutadas por las fuerzas de represión y 27 mil fueron torturadas en las prisiones de las dictaduras del general Pinochet” (Rouquié, 2011, p. 119).

En lo respectivo a Brasil la dictadura fue más sofisticada ya que los generales se turnaron la dirección del país por periodos consecutivos: “..., siendo presidente el general Emilio Garrastazu Médici, Brasil vivió el considerado periodo negro del régimen [...] No será sino en 1973, bajo la presidencia del general Ernesto Geisel, cuando el régimen empieza a ofrecer los primeros signos de distensión [...] efectivamente, a partir de 1979, durante los seis años de mandato del general Joao Baptista Figueredo, se consolida poco a poco la apertura del régimen” (Carneiro, 2013, pp. 58-59).

Es importante resaltar que ciertos sectores de los juristas brasileños apoyaron el proceso dictatorial que iniciaba en los años 60 del siglo pasado, convirtiéndose en asesores del gobierno totalitario, según lo explica Marcelo Pires y Enea de Stutz e

Almeida (2021): Fueron necesarios siete días (07/04/1964) para que el jurista Francisco Campos, uno de los autores intelectuales de la Constitución de 1937, presentará al Ministro de Guerra, Costa e Silva, también como al General Castello Branco, las justificaciones estratégicas para el cambio del orden constitucional por medio de una idea de revolución (p. 699).

Pese a que algunos juristas simpatizaban con el totalitarismo militar, un colectivo importante de jueces en el tiempo que se prolongó la dictadura en Brasil fueron más comprometidos con el Estado de derecho, precisamente, esa perspectiva democrática llevaría a que se realizaran acciones para excluir los jueces considerados democráticos, un ejemplo interesante, fue que para evitar encontrarse en decisiones legales que promulgaba el régimen militar se realizó el reemplazo de los magistrados del Supremo Tribunal Federal: “Así, el Supremo Tribunal se renovó casi en su totalidad, entre los designados durante el periodo democrático, solamente el juez Galloti se mantuvo en su cargo. Los militares destituyeron aquellos que incomodaban o no interpretaban los fines revolucionarios. En fin, a través de un proceso gradual, se purificó la Corte de aquellos ministros que estorbaban al gobierno usurpador” (Del Río, 2014, p. 1177).

Los jueces brasileiros en el periodo dictatorial mantenían ciertas ideas liberales y progresistas que ocultaban ya que al expresarlas se consideraba peligroso, debido a que se podía iniciar procesos de destitución y acciones represivas por parte de los militares, la obediencia a ley y la neutralidad que de ella se desprendía era la constante, reproduciendo una especie de positivismo y formalismo tergiversado de acuerdo a las circunstancias que se acudía en pleno autoritarismo: “..., fue momento de recesos y de distanciamiento entre los propios jueces y de estos con la sociedad civil. La propia estructura siempre fue montada de molde a mantener jueces aislados donde emerge la máxima: El juez es un hombre solo (forma cruel de mantenerlo distante de todo y de todos, para tenerlo neutro)” (Carvalho, 1995, p. 202).

Pese a las presiones que acudían los jueces brasileiros por parte de los dirigentes de la dictadura militar y del establecimiento en su conjunto, comenzaron a organizarse con la pretensión de que sus decisiones fueran democráticas y no ceñidas a lo propuesto por los dictadores, decisión que se encontraba soportada en el uso alternativo del derecho en general y de la criminología crítica para el derecho penal, “...,

historia del Movimiento Derecho Alternativo (MDA), mediante un corajoso protagonismo práctico-teórico [...] mayoría de los jueces integrantes del Movimiento ingreso a la carrera durante la dictadura militar, en el pós-64, contexto que no permitía emerger posturas de los jueces democráticos” (Pereira, 2016, p. 65)

En la parte final de la dictadura hacia 1979 se promulgó la ley de amnistía para los generales, militares y civiles que participaron en el periodo dictatorial, en una especie de ley del silencio: “En Brasil prevaleció la ley del silencio y el olvido [...] La ley de amnistía de 1979 no fue cuestionada por las autoridades civiles, que por el contrario, quisieron volver la página al tiempo que indemnizaban a las víctimas [...] Los gobiernos sucesivos mostraron incluso una gran reticencia abrir los archivos de la dictadura” (Rouquié, 2011, p. 169).

Solamente hasta el año 2012 se crea la Comisión de la Verdad por parte del gobierno y representantes de la sociedad civil con la pretensión de investigar lo sucedido en la dictadura y aclarar la vulneración de los Derechos Humanos por parte de las instituciones públicas: “A fines de 2011, la presidente Dilma Rousseff sancionó la creación de la Comisión de la Verdad. A pesar de las críticas, fue un paso más hacia la investigación de las violaciones de los derechos humanos y en la construcción de la memoria” (Del Río, 2014, p. 1185).

## Dictadura en Argentina y Estados de excepción en Colombia

En lo correspondiente Argentina los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y parte de la estructura judicial nacional fueron cómplices de la vulneración de Derechos Humanos en que participaron las fuerzas armadas en el transcurso de la dictadura, ya que nunca lo denunciaron o realizaron investigaciones por estos delitos considerados de gravedad desde un modelo de Estado social de derecho:

..., habían sido ya magistrados durante todo el régimen militar; es decir, que habían ostentado la calidad de jueces de facto, integrando una administración de justicia comprometida con los usurpadores del Estado, en algunos casos en niveles muy elevados [...] habían intervenido en innumerables investigaciones, recursos de habeas corpus, etc., en los que se denunciaban, desapariciones, detenciones ilegales, torturas, etc., en ninguno de los cuales se recuerda que hayan cuestionado los métodos militares empleados contra los opositores políticos o profundizando las averiguaciones sobre semejantes hechos, cuyas reiteraciones tendrían que mínimamente alertado a estos

magistrados de que estaban ante una sistemática política violatoria de los derechos humanos (Bergalli, 1986, p. 52).

La omisión por parte de los jueces en la protección de los Derechos Humanos y fundamentales que tienen los ciudadanos como titulares, implica una responsabilidad que puede llegar hasta lo penal, precisamente, para la situación argentina fueron varios los jueces que participaron de una y otra forma respaldando las acciones de la dictadura que fueron investigados y sancionados penalmente de forma reciente, es el caso de la provincia de Mendoza donde solamente hasta el 2017 el Tribunal decidió las condenas sobre 4 jueces por delitos de Lesa Humanidad<sup>2</sup> convirtiéndose en un precedente en el Cono Sur, ya que las investigaciones judiciales pos-dictaduras se concentraron en las fuerzas militares dejando por fuera a quienes las respaldaron como funcionarios públicos o particulares, es importante aclarar que la mayoría de los jueces que colaboraron con la dictadura no fueron investigados y sancionados penalmente.

En lo respectivo a Colombia la situación varía, ya que no se asiste una dictadura militar prolongada, sino que después de la época violencia desatada por la muerte del candidato presidencial Jorge Eliécer Gaitán, aparece un régimen militar transitorio liderada por el General Rojas Pinilla (1953-1957), que pretende dar orden a la sociedad colombiana que se encuentra convulsionada y en confrontaciones permanentes entre liberales que defendían los postulados de Gaitán y los conservadores que pretendían imponer su concepción política e ideológica, esta confrontación armada que se daba por toda la geografía del país, llevaría a la formación del Frente Nacional, formado por los dos partidos tradicionales, el liberal y el conservador, el trato sería que en un periodo el presidente y sus ministros serían conservadores, para el periodo siguiente serían liberales.

Este acuerdo no permitía que otros grupos políticos, movimientos sociales, organizaciones, sindicatos, iglesias, entre otras, participaran en la designación presidencial, para evitar la oposición y la inconformidad que paulatinamente se desprendía de este monopolio bipartidista, desde el ejecutivo se decretaron varios estados de excepción: "..., la utilización casi permanente de los estados de excepción desde 1949. Si suman los periodos bajo los cuales el país ha permanecido en estado de excepción durante la segunda mitad del siglo XX, resultan 36 años, esto es, más de dos terceras parte del tiempo" (García, 2001, p. 317).

Los estados de excepción o de sitio en su mayoría fueron realizados para garantizar el orden o disminuir la intensidad de las sucesivas manifestaciones, paros o huelgas que convocaban a la mayoría de los ciudadanos colombianos: “La primera declaratoria de estado de sitio tiene lugar en mayo de 1963 con el objeto de controlar un paro cívico en los municipios de la zona petrolera del departamento de Santander [...] el 21 de mayo de 1965 es declarado el estado de sitio en todo el territorio nacional con el objeto de combatir en Medellín una manifestación de estudiantes [...] Las elecciones presidenciales de 1970 [...] apenas se conocen la decisión oficial estallan las protestas populares. El estado de sitio es declarado el 21 de abril [...] en febrero de 1971 el estado de sitio es decretado nuevamente en todo el territorio nacional; el gobierno aduce la amenaza de una huelga de estudiantes y profesores de la Universidad del Valle [...] el 12 de junio de 1975, luego de varias manifestaciones de estudiantes, se decreta por primera vez el estado de sitio en los departamentos de Antioquia, Valle y Atlántico [...] el 30 de abril de 1984 es asesinado Rodrigo Lara Bonilla, ministro de justicia del gobierno Betancur. El estado de sitio es declarado nuevamente” (García Villegas, 2001, pp. 310-323).

En los decretos de los estados de excepción los derechos de libertad, políticos y procesales son limitados y restringidos, pese a esta situación de disminución y desmonte de derechos los jueces colombianos no se pronunciaron en contra, por el contrario la colaboración con las medidas estatales fue la constante, precisamente, para evitar que las decisiones tomadas por el ejecutivo llegaran a los mismo jueces, que podía llegar a su investigación penal o en el peor de los casos su respectiva destitución. Es importante determinar que en estas declaratorias, la justicia militar fue esencial para realizar investigaciones, detenciones y sanciones penales de quienes participaban en la alteración del orden público, término que fue recurrente para estigmatizar a inconformes y a quienes protestaban ante el gobierno por distintos motivos: “..., se crearon los consejos militares de guerra, encargados de juzgar a los civiles por ciertos delitos relativos al orden público, a través de un procedimiento verbal y sumario. La lista de delitos de conocimiento de los tribunales castrenses se fue ampliando a medida que pasaron los años [...] Esta jurisdicción fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en 1987 y reemplazada por los jueces especializados” (García, 2001, p. 319).

## Conclusión

La omisión y colaboración de los jueces con las dictaduras militares en los casos de los países del cono sur y de los estados de excepción en Colombia fue llevado a cabo por el temor ante el autoritarismo en unos casos y por las coincidencias ideológicas en otros, colocándose en evidencia que limitar la política, la ideología y la subjetividad en las decisiones judiciales es un proceso dispendioso en el cual no se logra avanzar en un contexto como el latinoamericano.

Las deliberaciones sobre la ideología de los jueces y que impactan sus decisiones jurídicas, han llevado a una percepción política de las instancias judiciales y esto no ha sido ajeno a lo que ha ocurrido en el contexto latinoamericano, donde las protecciones de los intereses económicos son predominantes ante una amplia desigualdad social, aunque es claro que el poder judicial no puede remediar una situación estructural como la marginalidad socioeconómica en la región, por lo menos sería más plausible no contribuir a la masificación de la exclusión sino posibilitar que se reduzca y permitir una mejora de calidad de vida para los ciudadanos.

Esto muestra como un colectivo significativo de jueces latinoamericanos soportados en el discurso jurídico y legalista han asumido decisiones que se encuentran más en la esfera conservadora que progresista, en situaciones de dictaduras militares la omisión fue lo predominante, sin dejar pasar que en distintos casos los jueces tomaron partido por los regímenes totalitarios, posteriormente, a los regímenes militares se sigue manteniendo un poder judicial que toma partido y que en algunos casos beneficia a distintos gobiernos y a las elites económicas de la región.

Esta posición de los jueces coloca en riesgo la política criminal, debido a que los gobiernos conservadores han impulsado la criminalización de la vida cotidiana y en varios casos con aceptación judicial, es aquí donde la criminología crítica adquiere un lugar central para impulsar transformaciones acordes a la compleja realidad y que sean alternativas a los clásicos castigos que aparecen arropados en un discurso sofisticado y que han demostrado su fracaso en este contexto regional. Lo interdisciplinario también ocupa un sitio privilegiado para comprender la criminalidad contemporánea, por eso el diálogo con la antropología, la sociología y la filosofía desde el derecho se hace necesario con la pretensión de prevenir y dar salidas a situaciones de alta conflictividad.



## Notas

- <sup>1</sup> Ph. D. en Derecho Universidad Externado de Colombia, Becario del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Universidad del País Vasco. Especialista en Antropología Jurídica y Antropólogo de la Universidad del Cauca. Investigador Senior para la reciente clasificación de Minciencias-Colombia. Profesor de Filosofía del Derecho Universidad Javeriana Cali y Director del Curso de Fundamentos y Generalidades de Investigación de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia.
- <sup>2</sup> [https://elpais.com/internacional/2017/07/27/argentina/1501177434\\_819392.html](https://elpais.com/internacional/2017/07/27/argentina/1501177434_819392.html)

## Referências

- Bergalli, Roberto. (1986). El poder y los jueces latinoamericanos. Los modelos argentino y colombiano. **Revista Afes Internacionais** No. 8. Barcelona: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- Carneiro Leao, Anna. Mariani. (2013). La Comisión de la Verdad en la trayectoria de la justicia transicional en Brasil. En: **Revista Derecho del Estado**. No. 30. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3519/3407>
- Carvalho Bueno, Amilton. (1995). Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática. Em: Carlos Cárcova. **Derecho y Transición Democrática. Problemas de la Gobernabilidad**. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- Córdova Vianello, Lorenzo. (2013). Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: Fondo de Cultura Económica.
- Del Río, Andrés. (2014). Dictadura, Democracia y Justicia Transicional en Brasil: Trayectoria y Legado del Supremo Tribunal Federal. En: **DADOS-Revista de Ciências Sociais**. Vol. 57. Núm 4. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, <https://www.scielo.br/j/dados/a/39NZnJqtGfmnGvKbrtmTDwt/?format=pdf&lang=es>
- Feher, E. L. (2013). Hans Kelsen frente al régimen Nazi. En: **Revista de la Facultad de Derecho de México**. Vol. 63. Núm. 259, pp. 181-198. México: UNAM.
- Ferrajoli, Luigi. (2018). **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Trotta.
- García Belaunde, Domingo. (2012). Kelsen en Paris: una ronda en torno del “modelo concentrado”. En: Gonzalo Ramírez Cleves (Editor). **Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Villegas, Mauricio. (2001). Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. En: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. **El caleidoscopio de las justicias en Colombia**. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Hilbink, Lisa. (2015). **Jueces y política en democracia y dictadura**. Lecciones desde Chile. México: Flacso.

Kelsen, Hans. (2008). **Autobiografía**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, Hans. (2008). **Teoría General del Estado**. México: Ediciones Coyoacán.

Moreso, José Juan. (2012). La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen. En: Gonzalo Ramírez Cleves. (Editor). **Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Navas Patrón, Álvaro. (2004). **Hans Kelsen: arquitecto y visionario del derecho internacional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pereira de Andrade, Vera Regina (2016). **Amilton Bueno de Carvalho no Movimento Direito Alternativo: Contributo Epistemológico, Criminológico e Político para Brasilidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Pérez Perdomo, Rogelio. (2013). **Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina**. México: UNAM.

Pires Torrea, Marcelo y Almeida, Eneá de Stutz (2021). O tempo da Justiça de Transição. En: **Revista Historia Constitucional**, 22, 690-716,  
<https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/692/178178393>

Rivas Molina, Federico. (2017). Argentina condena a cadena perpetua a cuatro jueces por delito de lesa humanidad. **Periódico El País**. Recuperado de:  
[https://elpais.com/internacional/2017/07/27/argentina/1501177434\\_819392.html](https://elpais.com/internacional/2017/07/27/argentina/1501177434_819392.html)

Rouquié, Alain. (2011). **A la sombra de las dictaduras**. La democracia en América Latina. Buenos Aires: F.C.E.

Wolkmer, Antonio Carlos (2018). **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho, Madrid: Dykinson.