

A TRAJETÓRIA DO PROCESSO DE JUSTIÇA TRANSICIONAL DO MÉXICO.

UM COMENTÁRIO À LUZ DO CASO *RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, DECIDIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

José Luis Caballero Ochoa

*Doutor em Direito Europeu e Sistema de Proteção aos Direitos Humanos e acadêmico –
pesquisador do Departamento de Direito da Universidade Ibero-Americana (México)*

I. INTRODUÇÃO

O México viveu sua transição para a democracia, após 70 anos de um sistema autoritário de partido hegemônico, sem fazer frente, de forma abrangente, às violações sistemáticas aos direitos humanos que ocorreram nesse contexto. Especialmente grave foi a omissão de um tratamento adequado para a justiça transicional perante o genocídio ocorrido em 2 de outubro de 1968 e nos anos seguintes, que ficaram conhecidos como o período da “Guerra Suja”, durante as décadas de 70 e 80 do século passado. Uma grave omissão prolongada através do tempo e que, aliada à falta de um sistema político-jurídico eficaz em termos de responsabilidade, transparência, combate à corrupção e fortalecimento legal e institucional,

permite afirmar que a transição democrática mexicana é uma transição fraturada e em constante risco de regressão autoritária.

Embora as violações sistemáticas não tenham se apresentado no contexto das ditaduras militares como em alguns países da região, um autoritarismo bem montado permitiu perpetrar violações gravíssimas aos direitos humanos em meio a uma aparente normalidade democrática e a um governo civil que garantia certas liberdades, assim como um desenvolvimento social mediano.

Devido à alternância na Presidência da República¹ em 2000, esperava-se uma espécie de reformulação constitucional e, nesse contexto, um processo de justiça transicional semelhante ao que aconteceu em outros países². Entretanto, nos últimos dez anos, passamos de uma espécie de transição amnésica – segundo a definição de Rodrigo Uprimny³ – para um modelo de Justiça que obteve pouco resultado⁴.

O Governo da República alterou a oferta eleitoral – no contexto de uma ampla reforma de Estado – de criar uma Comissão da Verdade, optando por um projeto institucional na forma de Ministério Público Especial⁵ para investigar e registrar perante a autoridade judicial as graves violações aos direitos humanos cometidas nessa época: o Ministério Público Especial para Movimentos Sociais e Políticos do Passado (doravante denominado FEMOSPP ou Ministério Público Especial), subordinado à Procuradoria Geral da República. Na verdade, tratou-se de um modelo que foi duramente criticado, não apenas pela ausência de resultados satisfatórios com relação à problemática que incluía sua área de atuação⁶, mas também porque um Ministério

1 Desde sua fundação, em 1929, o Partido Revolucionário Institucional (PRI) não havia perdido nenhuma eleição para Presidência da República, e até 1997 esse partido manteve a maioria no Congresso Federal. Esse ano retrata mais claramente, a meu ver, a ruptura do regime hegemônico após a mudança de partido na titularidade do Poder Executivo de 2000. A hegemonia autoritária praticamente chega a seu ápice em 1976, ano em que se apresenta como único candidato à presidência, postulado pelo PRI, sem opositor algum.

2 Jon Elster afirma categoricamente que não houve no México uma transição política, mas sim uma mudança dentro do regime. Elster, Jon, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 84 – 85.

3 O modelo obteve êxito nos anos 70, com Espanha e Portugal, e no Brasil, nos anos 80, porém hoje se encontra ultrapassado devido ao avanço obtido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisprudência emitida pelos tribunais internacionais sobre o tratamento das graves violações aos Direitos Humanos em um contexto sistemático de repressão. Para Uprimny, trata-se de um esquema que deixa não resolvida a tensão entre justiça e paz, porque cancela a primeira por meio de uma transição negociada. Uprimny, Rodrigo, “*Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*”, *¿Justicia transicional sin transición?*, Número 1, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad (DeJusticia), 2006, pp. 24 – 25.

4 A literatura sobre a justiça transicional no México não é muito abundante. Foram as crônicas sobre os acontecimentos de 68 e anos seguintes que documentaram mais a temática. Por exemplo, de Elena Poniatowska, *La noche de Tlatelolco*, México, Era, 1968; de Carlos Monsiváis, *El 68 la tradición de la resistencia*, México, Era, 2008; de Sergio Aguayo, *1968, los archivos de la violencia*, México, Grijalvo, 1998. Um estudo que se aproxima mais da temática concreta para revelar a ineficácia do processo mexicano é: Mariclaire Acosta e Esa Ennelin, “The mexican solution to transitional justice”, Naomi Roht – Arriaza, *Transitional Justice in the Twenty – First Century*, New York, Cambridge University Press, 2006.

5 Trata-se de uma promessa não cumprida, conforme mostrou o Centro Internacional de Justiça Transicional. International Center for Transitional Justice (ICTJ), “México. Envío para Revisión Periódica Universal da quarta Sessão do Conselho sobre os Direitos Humanos: 2-3 de fevereiro de 2009” Informativo de 8 de setembro de 2008, parágrafo 3.

6 Uma análise muito crítica e bem documentada da atuação do Ministério Público foi apresentada por diversas organizações da sociedade civil: *Esclarecimiento y sanción a los crímenes del pasado durante el sexenio 2000 – 2006: compromisos quebrantados y justicia aplazada*, México, 2007.

Público subordinado ao Poder Executivo Federal tem uma área de ação muito reduzida em razão dos poderes que se encontram investidos no México, ou seja, investigar e perseguir delitos para proceder, conforme o caso, a um despacho judicial, que não alcança por completo os requisitos da justiça transicional⁷. Nesse sentido, o exercício mexicano ficou à margem dos processos de verdade, prestação de contas, justiça e reparação que foram implementados em casos semelhantes⁸.

2. ASSUNTOS PENDENTES QUE DEIXARAM O PLANO INSTITUCIONAL PARA FAZER FRENTE ÀS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

O trabalho do FEMOSPP não obteve êxito. Devido à própria natureza jurídica do Ministério Público e à exigência de alguns dos ativistas mais relevantes construiu-se uma agenda para processos de justiça, que posteriormente sucumbiram no mar de formalidades da prática mexicana, deixando para segundo plano os temas de verdade e reparação.

2.1. VERDADE

Apesar de o Ministério Público Especial ter incluído orçamentos e áreas específicas para o trabalho de investigação e recuperação de memória, foi expedido um informativo, conhecido como Informativo Histórico à Sociedade Mexicana, que não documentava de forma suficiente a responsabilidade das Forças Armadas e cujo acesso tem sido difícil nos últimos anos.

2.2. JUSTIÇA

De todos os expedientes abertos à investigação, mais de mil casos, o resultado se concentrou praticamente na imputação de quem atuava como presidente da República e secretário de

⁷ O anterior, sem esquecer do Ministério Público Especial, contava com um programa de investigação, um de informação de análise e um de Cooperação, Participação Cidadã e Relações Interinstitucionais. Nessas instâncias surgiu o *Informativo Histórico à Sociedade Mexicana*, cujo acesso foi reiteradamente negado à própria sociedade em instâncias oficiais.

⁸ O magnífico estudo de Priscila Hayner sobre comissões da verdade se faz evidente. O caso mexicano é citado de passagem no epílogo, em uma página, e praticamente apenas para mostrar que os resultados do Ministério Público foram decepcionantes (p. 371) e que algumas vozes mantêm a ideia de implementar uma Comissão da Verdade (p. 372) Cfr.- Hayner Priscila, *Verdades innombrables*, México, Fundo de Cultura Económica, 2008.

Governo durante os atos da matança de 10 de julho de 1971, conhecida como *El Halconazo*, e a quem não foi possível aplicar as prescrições dos delitos perante uma interpretação da Suprema Corte de Justiça da Nação (doravante SCJN ou Suprema Corte), que impediu que fossem computados os prazos durante o tempo em que estiveram nos cargos.

Some-se a isso o pobre resultado que obtiveram os juízos que chegaram à SCJN a fim de resolver questões de legalidade ou produzir interpretação constitucional, conforme o caso, sobre questões em torno dos crimes contra a humanidade investigados pelo FEMOSPP:

- a) O Recurso de Apelação Extraordinária 1/2003, deliberado pela Primeira Sala da SCJN, em 5 de novembro de 2003, no intuito de elucidar se o delito de privação ilegal da liberdade se equiparava ao desaparecimento forçado e, portanto, era imprescritível. A SCJN determinou efetivamente esse caráter como sendo um delito continuado⁹. Não obstante, omitiu absolutamente qualquer referência aos padrões internacionais, especialmente à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante CIDFP), já ratificada pelo México naquele momento, o que poderia ter contribuído para situar o compromisso do Estado mexicano com relação ao fato, especialmente diante da declaração interpretativa realizada no sentido de aplicar o instrumento aos feitos ocorridos depois de sua ratificação sem considerar a natureza do delito de desaparecimento forçado de pessoas¹⁰.
- b) O Recurso de Apelação Extraordinária 1/2004, também deliberado pela Primeira Sala da SCJN, em 15 de junho de 2005. Tratou-se de uma das deliberações mais controversas dos últimos anos ao declarar que o genocídio prescreve no México diante de fatos cometidos antes da ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, sem considerar o conteúdo das obrigações geradas no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos com relação a esse tipo de crime – incluindo seu caráter de *ius cogens*, bem como o dever de castigar os crimes contra a humanidade independente da época em que tenham sido cometidos – e o contexto da justiça transicional.

9 “A consumação do crime de privação ilegal da liberdade foi prolongada com o tempo.” Consideração sétima, folha 193, sexto parágrafo.

10 Esta declaração documenta a prática mexicana, que tentou muitas vezes limitar o alcance dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos. Estabelece: “Com fundamento no artigo 14 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, o Governo do México, ratificando a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada na Cidade de Belém, Brasil, em 9 de junho de 1994, será entendido que as disposições da referida Convenção serão aplicadas aos fatos que constituam desaparecimento forçado de pessoas, sejam ordenados, executados ou cometidos após a entrada em vigor da presente Convenção.” Em http://www.ordenjuridico.gob.mx/Dereitos_humanos.php [Consulta 10-07-2010].

2.3. REPARAÇÃO

Este tema também foi mal sucedido, não apenas pela paupérrima prática mexicana no assunto, reduzida à reparação ao dano moral por meio de uma compensação monetária, mas também porque, na realidade, não foi suficientemente levado em consideração diante do compromisso de instaurar processos criminais contra os principais funcionários públicos envolvidos.

A Secretaria de Governo criou um Comitê encarregado das reparações, que foi reativado nos últimos tempos e que tinha sido mostrado no *Caso Radilla Pacheco vs México*, deliberado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CrIDH ou Corte Interamericana)¹¹. A ideia é atender a uma série de reparações administrativas, como compensações em dinheiro, mas também projetos sociais, recuperação de memória histórica em que estejam envolvidas não apenas as vítimas e o Executivo federal, mas também as organizações e as instituições de ensino superior que trabalhem com o assunto.

Parece-me que esse aspecto seria o único tema que poderia ser resgatado em termos de reparação por parte do Governo da República; os outros vieram da sentença proferida no *Caso Radilla Pacheco*, um insumo primordial para atender aos temas pendentes de justiça e reparação de danos e para voltar a trazer à consciência social mexicana os ecos de uma média justiça.

III. OS ENSINAMENTOS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO CASO RADILLA PACHECO VS. MÉXICO

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Estamos, pois, diante de um panorama que permite observar, de forma muito geral, uma transição falida, e cujos assuntos pendentes foram evidenciados por essa sentença contra o Estado mexicano. Daí sua importância, não apenas como indicador de uma transição irregular, mas também como uma espécie de receita que permite estabelecer um programa para fazer frente aos temas não resolvidos.

11 Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custos, de 23 de novembro de 2009.

O caso documenta precisamente um desaparecimento forçado ocorrido em 1974, justamente no ápice da “Guerra Suja”, do Senhor Rosendo Radilla Pacheco, no Município de Atoyac, Guerrero, e mostra como, em 30 anos, o México não implementou medidas referentes à busca da verdade sobre o crime de desaparecimento forçado, uma prestação de contas efetiva, acesso à justiça e formas de reparação, o que se refletiu não apenas na falta de satisfação para com as vítimas, mas também no recrudescimento do clima social de injustiça e impunidade¹².

É importante mostrar como a CrIDH evidenciou a falácia por trás do discurso de que no México havia uma autêntica transição para a democracia. Essa construção argumentativa, gerada desde o aparato público, mas também desde alguns setores de opinião pública, estabeleceu que as reformas eleitorais, especialmente as de 1977, 1996 e 2007, foram suficientes para documentar a transição. Estamos diante do que Ackerman chamou de visão “minimalista” da transição democrática¹³.

3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E REPARAÇÃO

A deliberação e a jurisprudência do *Caso Radilla Pacheco vs. México* giram em torno de três eixos: a necessidade de estabelecer a verdade e a recuperação da memória; a falta de acesso à Justiça em casos de violações graves aos direitos humanos no contexto do autoritarismo (Parte IX da Sentença, parágrafos 173 – 314) e a falta de reparação dos danos de forma integral (Parte XI da Sentença, parágrafos 327 - 392), especialmente as garantias de não repetição, mediante um conjunto de reformas legais que foram postergadas a fim de produzir uma cortina de fumaça – impunidade em torno do Exército mexicano.

3.2.1. A verdade e a recuperação da memória

A falta de uma atenção adequada aos temas de verdade e memória, bem como suas implicações, é notória desde as posições de defesa do Estado, especialmente quando se nega a reconhecer algum “nexo causal” entre as violações ao senhor Radilla e os efeitos para com a Comunidade de Atoyac de Alvarez¹⁴. Entretanto, a CrIDH estabelece uma rota na qual é possível identificar os espaços de recuperação de verdade com relação às reparações de satisfação e não repetição¹⁵.

12 Cfr.- Antillón Najlis, Ximena, *La desaparición forzada de Rosendo Radilla en Atoyac de Alvarez. Informe de afectación psicosocial*, México, Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, 2008.

13 Segundo a qual a transição democrática se consolida em virtude de que as regras eleitorais são aceitas pelos autores como únicas regras possíveis do jogo político. Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, segunda edição, México, Século XXI/IIJ – UNAM, 2007, p. 20.

14 Parágrafo 58.

15 Nesse sentido, as vias de reparação podem ser classificadas em: restituição, compensação, reabilitação e garantias de satisfação e não repetição. Conforme Pablo de Greiff, “Justiça y reparaciones”, *Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 303 – 304.

É natural que uma primeira área de conhecimento da verdade tenha a tendência de implementar investigações ministeriais com o objetivo de estabelecer responsabilidades e julgar os procedimentos correspondentes (parágrafo 329 – 334), e sobre isso a CrIDH não fez uma avaliação favorável, fato documentado no período de investigação do FEMOSPP (parágrafos 202 – 217)¹⁶, indicando uma situação de impunidade persistente durante todo esse tempo¹⁷.

Além de observar esse saldo desfavorável, foram deliberadas de forma muito clara duas ações concretas de recuperação de memória:

- No contexto da aceitação pública de responsabilidade internacional por parte do Estado, colocar em um espaço público do Município de Atoyac de Álvarez, Guerrero, uma placa lembrando os fatos relativos ao desaparecimento (parágrafo 354);
- Publicar uma obra sobre a vida do senhor Rosendo Radilla Pacheco, na qual se ressalte seu trabalho em favor da comunidade (parágrafo 356). Deverá constar que o senhor Radilla era um líder agrícola e, em alguma fase de sua vida, presidente municipal.

3. 2. 2. O âmbito da justiça no *Caso Radilla Pacheco vs. México*

A) Juízo de amparo

É importante advertir como o caso mostrou os elementos que propiciaram uma falha estrutural no sistema de acesso à justiça: a ausência de meios efetivos e adequados para defender os direitos humanos em violações sistemáticas juntamente com a manutenção da jurisdição militar como coluna central dos processos de justiça, o que contradiz abertamente a jurisprudência internacional que tem sido desenvolvida nessa área.

Trata-se de um tema muito importante porque as vítimas não tiveram acesso ao juízo de amparo como meio idôneo de proteção dos direitos humanos no México e para impugnar a jurisdição militar que estava violando seus direitos de serem verdadeiramente representadas em juízo, ou seja, o direito a um julgamento natural evidentemente confronta os tribunais militares¹⁸.

¹⁶ “Além disso, nesse caso não foram cumpridos os compromissos assumidos pelo Estado desde a criação do Ministério Público Especial. Depois de quase três anos das investigações terem sido retomadas pela Coordenação Geral de Investigações, o Estado tampouco demonstrou a existência de um compromisso renovado com a determinação da verdade que leve em consideração a dignidade das vítimas e a gravidade dos fatos” (parágrafo 213).

¹⁷ “De tudo o que foi dito anteriormente fica evidente que os feitos desse caso encontram-se impunes, ao contrário ao que foi estimado pelo Estado...” (parágrafo 217).

¹⁸ “Com relação ao anterior, a Corte estima que o estado violou o princípio do julgamento natural ao extrapolar a esfera da Justiça militar no presente caso, contrário aos parâmetros de excepcionalidade e restrição que caracterizam a jurisdição penal militar.” (parágrafo 282).



Em especial, nos últimos tempos, a falta de acesso aos meios de proteção por parte das vítimas de violações graves aos direitos humanos para questionar a jurisdição militar tem sido recorrente

A Corte evidenciou que não foi possível, por meio do amparo, contar com um recurso judicial efetivo para impugnar a competência militar, violando assim o artigo 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH ou Convenção Americana)¹⁹ diante da rejeição da causa que deram os tribunais ao ser atualizada uma das numerosas causas de improcedência do amparo por falta de interesse jurídico, já que nos processos de ordem penal impera unicamente a visão que envolve o réu, e apenas ele pode ativar o recurso de proteção dos direitos humanos quando os considere afetados.

Estamos diante de um tema recorrente nos juízos perante a Corte Interamericana, a falta de acesso aos meios de justiça e, especialmente, ao amparo, o que tem sido uma barreira para direcionar uma defesa adequada perante violações aos direitos humanos²⁰. Em especial, nos últimos tempos, a falta de acesso aos meios de proteção por parte das vítimas de violações graves aos direitos humanos para questionar a jurisdição militar tem sido recorrente²¹. Nesse sentido, o *Caso Radilla Pacheco* estabeleceu um precedente fundamental, que pode ser um ponto de inflexão diante de uma situação de impunidade reiterada. Estamos frente ao que, a meu ver, é um dos pontos mais importantes da deliberação na chave da justiça transicional, e que se complementa com dois tipos de garantias de não repetição, conforme assinalarei mais adiante: a reforma ao preceito legal que permite a extensão do chamado foro militar em praticamente todos os casos, assim como um devido entendimento do preceito constitucional que o regula.

B) A única via de acesso à justiça no artigo 57 do Código de Justiça Militar

O artigo 57, ítem II, a) do Código de Justiça Militar (doravante CJM), que estabelece a extensão da jurisdição militar sobre delitos de foro comum ou federal, com a condição de que o efetivo

19 “Consequentemente, no presente caso, o recurso de amparo não foi efetivo para permitir que a senhora Tita Radilla Martínez impugnasse o conhecimento de detenção e posterior desaparecimento forçado de seu pai, o senhor Rosendo Radilla Pacheco, pela jurisdição militar, o que constituiu uma violação ao artigo 25.1 da Convenção”

20 Cfr.- *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentença de 6 de agosto de 2008. Exceções preliminares, fundo, reparações e custos.

21 Nessa situação, a inconstitucionalidade do artigo 57, fração II, a), o CJM contemplou recentemente no Amparo em Revisão 989/2009, deliberado em 10 de agosto de 2009 pelo Pleno da SCJN. Este caso foi instaurado pela esposa de um dos civis que faleceu em um ato de privação arbitrária da vida perpetrada por um grupo de militares do estado de Sinaloa. Esse caso – também conhecido como “Santiago de los Caballeros” – referindo-se ao nome da comunidade em cujas imediações ocorreram os fatos – foi levado às instâncias jurisdicionais a fim de “impugnar a extensão do foro militar” na investigação de homicídio. A Corte, por maioria de seis votos, deliberou manter a sentença que havia decretado o juiz oitavo do Distrito do Estado de Sinaloa, perante o qual fora apresentado o juízo de amparo correspondente, julgando que a queixosa não manifestava interesse jurídico direto para interpô-lo.

encontre-se “nos momentos de estar em serviço ou com motivos de atos do mesmo”; permite a extensão jurisdicional praticamente a qualquer fato em que um civil esteja envolvido como sujeito passivo²². A disposição favorece uma cobertura jurisdicional amplíssima, sem reconhecer as implicações do direito de acesso à justiça da vítima de um delito cometido por um militar e sem que tampouco tenha havido durante muito tempo um questionamento de sua constitucionalidade.

Em sua parte, o artigo 13 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (doravante CPEUM), suporte constitucional dessa jurisdição especializada, estabelece ainda uma garantia de exceção sobre a extensão da jurisdição militar para os civis:

“...porém os tribunais militares em nenhum caso e por nenhum motivo poderão estender sua jurisdição sobre pessoas que não pertençam ao Exército. Quando um delito ou falta da ordem militar envolver um civil, a autoridade civil correspondente saberá do caso.”

Trata-se de uma garantia que não está livre de ambiguidade, diante da certeza de que se aplica ao civil como sujeito ativo do cometimento de um delito e da incerteza quanto à sua condição de sujeito passivo; especialmente a partir do que indica o parágrafo citado *in fine*, ou seja, o que implica caso um civil esteja envolvido? Uma questão frente a qual várias interpretações foram geradas na prática jurisprudencial mexicana, mas tendendo, igualmente, à participação do civil como sujeito ativo, o que permitiu a aplicação total do artigo 57, item II, a) do CJM sem maiores problemas.

Diante dessa situação, a CrIDH considerou que a extensão do foro militar sobre civis, na qualidade de sujeitos passivos do delito, ou seja, como vítimas de violações aos seus direitos, violava seu direito de acesso à justiça, concretamente o direito a um juízo natural:

Sendo assim, esta Corte definiu que, levando em consideração a natureza do crime e o bem jurídico lesionado, a jurisdição penal militar não é foro competente para investigar e, conforme o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos sem que o processamento dos responsáveis corresponda sempre à justiça ordinária. Nesse sentido, a Corte em várias ocasiões indicou que “quando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve enfrentar a Justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juízo

22 Estabelece: “Artigo 57.- São crimes contra a disciplina militar:

I...

II. - os de ordem comum ou federal, quando em sua comissão tenha ocorrido qualquer uma das circunstâncias expressas a seguir:

a). - Que sejam cometidos por militares estando em serviço ou por motivos de atitudes do mesmo;”



natural e, *a fortiori*, ao devido processo”, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça. O juiz encarregado do conhecimento de uma causa deve ser competente, além de independente e imparcial²³.

Trata-se de uma jurisprudência amplamente desenvolvida sobre jurisdição militar, no contexto de justiça transicional, que se inicia no *Caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru*²⁴ e é citada em vários casos subsequentes²⁵.

3.2.3. O âmbito de reparação no *Caso Radilla Pacheco vs. México*

A) Garantias de não repetição: reformas legais e interpretação constitucional.

A CrIDH segue uma estruturação lógica ao advertir essa falta de acesso à justiça, e não há nada a resolver sobre a necessidade de reformas legais e uma distinta interpretação constitucional, e que evidentemente marcará o caminho para a jurisdição doméstica em sede constitucional *a posteriori*, concretamente, sobre as violações aos direitos humanos cometidas pelo Exército (parágrafos 337 – 342)

Dessa forma, a Corte Interamericana chegou a estabelecer, como garantias de não repetição, reformas legais no sistema jurídico mexicano, especialmente a modificação ao artigo 57, Fração II, a) do CJM, indicando que o Estado “*deve adotar, em um prazo razoável, as reformas legislativas pertinentes para compatibilizar a citada disposição aos citados padrões internacionais da matéria...*”²⁶

Porém, com relação ao artigo 13 da CPEUM, a CrIDH procedeu de outra maneira. Apesar de os peticionários terem solicitado expressamente sua modificação – em virtude da notória ambiguidade com que foi interpretado no México – o resultado foi diferente²⁷.

23 Parágrafo 273.

24 Sentença de fundo, reparações e custos, de 30 de maio de 1999.

25 Assim, o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, Sentença de fundo de 18 de agosto de 2000, parágrafo 112; *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*, Sentença de fundo de 6 de dezembro de 2001, parágrafo 52; *Caso 19 comerciantes vs. Colômbia*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 5 de julho de 2004, parágrafo 167; *Caso Lori Berensón Mejía vs. Peru*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 25 de novembro de 2004, parágrafo 141; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 22 de novembro de 2005, parágrafo 143.

26 Parágrafo 342.

27 “Os representantes solicitaram a este Tribunal que ordene ao Estado realizar uma reforma do artigo 13 constitucional, que regula a legislação militar, em virtude de que, “ainda que no início o artigo pareça não gerar problema algum, as interpretações que dele foram feitas [...] levam à necessidade de solicitar sua reforma para alcançar a precisão necessária que impeça que elementos do Exército mexicano sejam julgados por tribunais militares quando cometerem violações aos Direitos Humanos.” Parágrafo 337.

Mediante o controle da convencionalidade, a Corte Interamericana fez uma interpretação de acordo com a Constituição mexicana com relação ao artigo 8.1 da CADH, e com sua própria trajetória jurisprudencial, o que resultou na integração completa da disposição constitucional.

Isso implica que o artigo 13 da CPEUM não pode ser estendido nem aplicado senão com relação à Convenção Americana e à jurisprudência que a Corte Interamericana emitiu a respeito. Assim diz a mesma CrIDH em uma obrigação de interpretação que se estende ao Poder Judiciário²⁸, especialmente ao juízo de constitucionalidade.

Esse caso documenta claramente o que acontece na interação entre a ordem constitucional e internacional. Encontramo-nos, de um lado, frente à incidência de constitucionalidade das cortes internacionais de direitos humanos, e de outro frente à necessidade de que os tribunais constitucionais, ao assumir a interpretação dos direitos fundamentais, construam seu conteúdo a partir dos tratados internacionais e da jurisprudência derivada dos mesmos. Um Direito constitucionalmente integrado, que não pode ser afetado pelo legislador ordinário nem pelos operadores jurídicos em geral²⁹.

Esse controle de convencionalidade nos conduz, por meio do critério de interpretação conforme, aos indicadores do controle de constitucionalidade da legislação secundária que regula o foro militar. A integração completa da jurisdição militar prevista no artigo 13 da CPEUM apresenta-se necessariamente com relação ao direito ao juízo natural contido no artigo 8.1 da CADH, bem como com a jurisprudência emitida no *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Isso deve nutrir qualquer projeto legislativo e interpretação judicial³⁰. Daí a inconstitucionalidade, não apenas pela não convencionalidade do artigo 57 Fração II, a) do CJM, como a Suprema Corte de Justiça da Nação deverá estabelecê-lo em seu momento, se é que não foram decididas antes as reformas dispostas pela Corte Interamericana.

28 “Com relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que está ciente que os juizes e tribunais internos estão sujeitos à influência da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no pedido jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juizes, como parte do aparato do Estado, também se submetem a ele, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objetivo e finalidade, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer um “controle de convenção” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente de acordo com suas respectivas competências e as regulamentações processuais correspondentes. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação do mesmo, feita pela Corte Interamericana, que é a última intérprete da Convenção Americana.” (Parágrafo 339).

29 Para uma aproximação do tema da interpretação em conformidade com o critério de aplicação da norma internacional sobre Direitos Humanos, me permito sugerir: Caballero, Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.

30 A CrIDH conclui acerca desse ponto: “Sob este entendimento, este Tribunal considera que não é necessário ordenar a modificação do conteúdo normativo que regula o artigo 13 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos” (parágrafo 341).

Esse critério de interpretação deve integrar, igualmente, o conteúdo essencial do direito de acesso à justiça previsto no artigo 17 do CPEUM, bem como no artigo 20, parte “C”, item II relativo ao direito da vítima a “intervir em juízo³¹”.

Dessa forma, a leitura transversal dos artigos 13, 17 e 20, “C”, item II do CPEUM, com relação aos artigos 8.1 e 25 da CADH, e a interpretação desses dada pela CrIDH, especificamente no *Caso Radilla Pacheco vs. México*, nos indica que o conteúdo essencial do direito de acesso à justiça implica que esse deve ter lugar diante do juízo natural, ou seja, de um tribunal competente, independente, imparcial, que estende essa competência sobre um número indeterminado de casos, no qual a vítima deve estar claramente representada, podendo intervir em juízo. Portanto, a jurisdição militar deve se restringir única e exclusivamente aos delitos e faltas contra a disciplina militar, em um contexto que não envolva civis como sujeitos passivos do delito, menos ainda ante violações graves aos direitos humanos.

B) Outros tipos de reparação.

Além dessas considerações sobre verdade (contexto de investigações ministeriais e recuperação de memória), justiça e reparação mediante reformas legais, a Corte Interamericana deliberou outro tipo de reparação importante no contexto de justiça transicional:

- Continuar a busca e a localização dos restos do Senhor Rosendo Radilla (Restituição);
- O pagamento dos valores às vítimas por conceito de dano material e não material, bem como a restituição de gastos e custos (Compensação);
- Capacitação de servidores públicos, especialmente os do Poder Judiciário, sobre os critérios do Sistema Interamericano, limites da jurisdição penal e sobre o delito de desaparecimento forçado de pessoas (Garantias de não repetição);
- Prestar atenção psicológica às vítimas (Reabilitação).

31 “C. os Direitos da vítima ou do ofendido:

...

“Contribuir com o Ministério Público para que sejam recebidos todos os dados ou elementos de prova com os quais conte, tanto na investigação quanto no processo, a quem sejam atribuídas as diligências correspondentes, e para intervir em juízo e interpor os recursos nos termos previstos na lei.”

IV. CONCLUSÕES

- 1 - A sentença fortalece de maneira importante a jurisprudência sobre o direito ao júízo natural e a excepcionalidade da jurisdição militar para julgar violações graves aos direitos humanos, o que constitui a estrutura central da deliberação e que também expõe a impunidade pela qual o México transitou em matéria de justiça transicional.
- 2 - Nesse sentido, a sentença também fortalece a veia jurisprudencial da Corte Interamericana sobre a atenção a violações sistemáticas aos direitos humanos diante de processos de justiça transicional e que se conforma fundamentalmente pelos seguintes aspectos:
 - a) A proibição e o castigo dos crimes contra a humanidade como norma de *ius cogens*;
 - b) A impossibilidade de sua prescrição em virtude do dano que provocam à humanidade como um todo, e independente de quanto tempo foi cometido;
 - c) A proibição de gerar legislação de anistia que favoreça a impunidade;
 - d) A obrigação de não estender à jurisdição militar em casos de violações aos direitos humanos das vítimas.
- 3 - A sentença ainda constitui um insumo instrutivo porque inclui uma receita para o México nas áreas pendentes de justiça transicional: verdade – memória, prestação de contas, justiça, reparação em todas as suas variantes, reformas legais inclusive.
- 4 - Não obstante, apesar desse fato, me parece que existem algumas deficiências. Em primeiro lugar, mesmo e quando se referir ao sistema de reparação integral estabelecido na Secretaria de Governo na sequência do trabalho do Ministério Público Especial³², não o retoma como medida plausível a fim de continuar com um sistema pertinente de reparações. É o único aspecto que se mantém dos processos de justiça transicional e me parece que era importante posicioná-lo. Outro aspecto é o projeto institucional. Apesar de a sentença evidenciar o mau resultado do Ministério Público Especial, surgiu o fato de insistir na necessidade de oferecer um projeto institucional pertinente para fins de continuar com o processo de justiça transicional, sem que necessariamente isso implique um pronunciamento sobre o modelo, o que não é próprio de um tribunal internacional.



Parece-me que era importante para o México que a Corte Interamericana esclarecesse que existe ainda uma questão pendente e que deixasse o imaginário aberto para o que pode ser uma comissão ou comissões da verdade localizadas regionalmente³³, ou uma de tipo nacional que possa documentar a recuperação de memória histórica pendente, bem como os saldos em matéria de reparação com respeito aos crimes da Guerra Suja³⁴.

33 Uma proposta que se estende aos diferentes processos pendentes de justiça transicional nas entidades federativas ou regiões. Priscilla Hayner retoma a proposta. *Op. Cit.*, p. 364. Os assuntos pendentes em matéria de justiça transicional também compreendem violações sistemáticas dos Direitos Humanos em outros contextos e em outras épocas, sobre as quais seria importante ao menos continuar com o processo de recuperação da memória histórica e reconhecimento de responsabilidades. Por exemplo, as comunidades indígenas (veja o caso da comunidade Yaqui no norte do México); ou o tema não suficientemente resolvido de “La Cristiada”, que gerou uma Guerra Civil entre 1926 e 1929, após a aplicação *ad litteram* da Constituição de 1917, quanto à liberdade religiosa e ao culto público.

34 Hayner, *Ibidem*, p. 372.