



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 41, julio-diciembre 2019



El caso Herzog, la amnistía de 1979 y las dificultades de la justicia transicional en Brasil

Pietro de Jesús LORA ALARCÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones jurídicas sobre la decisión del Supremo Tribunal Federal*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la decisión del 15 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado brasileño por la violación de los derechos y las garantías judiciales y la protección a la vida del periodista Vladimir Herzog, torturado y asesinado en un Centro de Detención (DOI-CODI) en la ciudad de São Paulo en 1975, durante la dictadura militar.

El Ministerio Público Federal, en cumplimiento de la decisión, reabrió la investigación sobre la muerte del periodista. Sin embargo, y a pesar de que la decisión de la Corte Interamericana dice claramente que el Estado cometió actos ignominiosos en un contexto de ataques a la población civil, y expone que la Ley de Amnistía —Ley 6683 de 1979— es una excluyente de responsabilidad prohibida por el derecho en casos de crímenes contra la humanidad, parte de la doctrina brasileña opina que esta decisión no se puede sobreponer a la decisión tomada por la Corte Constitucional de

* Profesor de los cursos de pregrado y posgrado de la PUC/SP y del CEUB, Centro Universitario de Bauru/Sp-Brasil; Maestría y Doctorado en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)-PUC/SP; plalarcon@uol.com.br; <https://orcid.org/0000-0003-4086-2839>.

Brasil —Supremo Tribunal Federal— en la acción denominada Alegación de No Cumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 153.

En efecto, el Supremo Tribunal en esa ADPF consideró que la Ley de Amnistía es constitucional y, de esa manera, la posibilidad de cumplimiento de penas para los torturadores y culpables por la muerte de Herzog encuentra un fuerte obstáculo.

Por eso, nuestro artículo focaliza la actuación del Estado y la sociedad brasileña en el momento en que se dio a conocer la Ley de Amnistía, verificando después su naturaleza y alcance. Realizamos, posteriormente, un juicio crítico sobre la decisión del Supremo Tribunal Federal en la acción ADPF 153, que declara la constitucionalidad de la medida legislativa del 79 y conectamos la decisión de la Corte brasileña con la decisión emanada de la Corte de San José de Costa Rica en el *caso Herzog y otros vs. Brasil*.

Vale recordar que esta modesta contribución se inscribe en el conjunto de aportes sobre las experiencias de justicia transicional en América Latina, y que el caso brasileño adquiere relevancia tomando en cuenta que en octubre del 2018 el país conmemora los 30 años de promulgación de la Constitución federal.

1. *La amnistía y el contexto del estado de excepción*

No se pretende realizar un recorrido minucioso del periodo histórico de dictadura militar —con apoyo civil de los grandes empresarios y del sector financiero, dígame de paso— brasileño. Sin embargo, si nos parece importante destacar hechos que además de servir de elementos para la construcción de una base que permita comprender como surgió la amnistía, también facilite avanzar por dos caminos: el primero, que nos lleve a la propia comprensión del concepto de “justicia transicional” en el Brasil contemporáneo; el segundo, que nos conduzca al debate sobre la extensión y alcance de la amnistía tal como está expuesta en la Ley de 1979.

Futuramente, se observará, pidiendo licencia para adelantarnos un poco en el análisis, que en Brasil se registra un conflicto entre las medidas políticas tomadas para proyectar la democratización de la vida social y las medidas jurídicas que deberían estar dispuestas a proporcionar la satisfacción de los derechos de las víctimas de la dictadura militar.

Esa contradicción se manifiesta continuamente en el debate sobre la conveniencia de mantener la decisión del Supremo Tribunal —que libera a los

agentes estatales del periodo dictatorial de cualquier pena por los abusos cometidos— que a pesar de emanar de la Corte Constitucional, y por lo tanto tener expresiva fuerza jurídica, expone la confirmación de una opción política o, por otro lado, la de aplicar la decisión emanada de la Corte Interamericana —que en sentido contrario condena a esos agentes por los delitos de lesa humanidad cometidos en ese periodo—, que implica revisar la Ley de Amnistía derogando los puntos que no permitan penalizar esas personas.

En Brasil, como en cualquier comunidad organizada, el éxito y la legitimidad de una política pública, de una acción legislativa o de la decisión jurisdiccional que se pretenda pacificadora de un conflicto social particular, como el que confronta a víctimas y victimarios, dentro de los contornos de una etapa que hemos denominado —en otros artículos y ponencias— de *regeneración democrática*, depende de la manera como se atiende a la expectativa de justicia y de realización del derecho en la comunidad. Como bien alerta Pablo de Greiff, especialmente la expectativa de aquellos que tuvieron que cargar con las consecuencias de los excesos del régimen anterior.¹

Adentrándonos en la historia brasileña, recordemos que las fuerzas armadas tomaron por asalto el Estado entre 1964 y 1985, desconociendo la Constitución de 1946, estableciendo la tortura, los tratamientos degradantes e instalando el recorte de las libertades públicas.

En 1968, la proclamación del Acto Institucional 5 (AI5) generó el ambiente para el terror oriundo del Estado, especialmente al amparo del artículo 10, que prohibió el uso del *habeas corpus* en favor de la persona cuando ésta se encontraba detenida por razones políticas.

Ya entre el final de 1977 y 1978, años previos a la promulgación de la Ley de Amnistía, la reacción a la dictadura militar era manifiesta, y la exigencia del retorno al Estado de derecho una presión constante, a pesar de la debilidad y las divisiones entre los opositores al régimen de excepción.

En ese contexto, en 1975 las madres de los presos políticos, que desde 1968 recorrían las cárceles en busca de sus hijos, constituyeron el germen del MFA —Movimiento Femenino por la Amnistía—. Así, juntaron padres, hermanos y familiares próximos, parientes y allegados, con el objetivo de recoger firmas en favor de la amnistía a los presos y exiliados opositores a la dictadura. Al final, más de 16,000 firmas endosaban el pedido.

¹ Greiff, Pablo de, “El esclarecimiento de la verdad, la confianza y la norma de derecho”, pp. 217 y 218, en Bergman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE-CIDE, 2009, pp. 217- 236.

Para la época, el número de personas sin posibilidad de ejercer derechos políticos ascendía a 4.682, y se estimaba en 10.000 el número de exiliados.

La lectura de esa realidad es expuesta por autores como Bernardo Kucinski, para quien en una sociedad elitista como la brasileña, en que los cuadros de la izquierda y las guerrillas incluían muchos hijos dilectos de la burguesía, el cobro por los crímenes de la represión comenzó a ser realizado en el interior de las propias clases hegemónicas. Lo mismo se da, dice Kucinski, con la persecución de los artistas plásticos, compositores, escritores. Y así, los crímenes de represión pasan a ser abominables por lo alto y lo bajo de la sociedad, y su denuncia y repudio pasa a ganar el estatus de valor dominante.²

Como se observa, la campaña por la amnistía corrió paralela a fuertes cuestionamientos a las fuerzas armadas, y fue así como, corajosamente, se profirió una sentencia el 27 de octubre de 1978 contra la Unión Federal, por la detención y muerte del periodista Vladimir Herzog.

En efecto, en plena dictadura militar, el 7o. juzgado federal del estado de São Paulo decidió favorablemente a los autores, esposa e hijos de Herzog, la acción para condenar a la Unión Federal y obligarla a indemnizar por los daños materiales y morales resultado de la muerte del periodista en la sede del Destacamento de Operaciones e Informaciones – Centro de Operaciones de Defensa Interna (DOI/CODI).³

Esa decisión en el ámbito federal fue esencial para el curso jurídico de los acontecimientos. No tardaron en aparecer los detalles sórdidos de ocultación de cadáveres de militantes políticos y una lista de 223 torturadores en los periódicos.⁴ Pese a estos datos, ninguno de los miembros de las fuerzas armadas fue colocado nunca como reo en algún proceso.

Sin embargo, la consistencia de las denuncias y los cambios internacionales tuvieron impacto en la cúpula estatal que admitió la posibilidad de una transición a un régimen de abertura, sin abandonar el control del Estado ni el dominio del juego político en esa fase. Por eso, las fuerzas armadas

² Kucinsky, Bernardo, *O Fim da Ditadura Militar*, São Paulo, Contexto, 2001, p. 84.

³ La decisión puede ser obtenida en http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_28out1978.htm. Investigado el 14 de septiembre del 2014.

⁴ Consultar: Moraes, Livia Assad de, “Ditadura militar, a memória jornalística como parte da revisão histórica”, *Revista Brasileira de História da Mídia*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2014, pp. 33-41, disponible en: <http://www.unicentro.br/rbhm/ed06/dossie/03.pdf>.

nunca perdieron la iniciativa política. Por el contrario, establecieron el ritmo de los cambios.

Bien aclara Werneck Sodré que el régimen conservó poderes suficientes para asegurar el control del andamio de la abertura. Y la medida de mayor repercusión, destinada a mostrar a la opinión pública que había una intención pacificadora, era la amnistía.⁵

La apropiación de la amnistía por las fuerzas armadas tuvo un impacto decisivo en la manera como se reconstruye la historia. De hecho, la amnistía como figura jurídico-política supone la quiebra de una situación o, por lo menos, el pasar de una época a otra. Una forma de atravesar a otra realidad. Y esa realidad inédita sugiere, entonces, que hubo una mutación en la correlación de las fuerzas que trabajan o por la conservación o por la ruptura.

Como se verá un poco más adelante, las circunstancias políticas en que se desarrolló la amnistía serán puntos neurálgicos en el debate sobre si mantenerla es un imperativo para lograr la paz y la reconciliación brasileña. En otras palabras, si es imprescindible para la continuidad de la democracia instalada por la Constitución de 1988 o si, por el contrario, la justicia es un pilar fundamental establecido constitucionalmente y el acceso a la jurisdicción es la base en que descansa la regeneración democrática.⁶

En el contexto singular brasileño, la sociedad, describe Werneck Sodré, asistió, en la agonía de la dictadura y como una de sus etapas, a la ejecución de un proyecto de amnistía en que el Ejecutivo unipersonal y absoluto se reservó la marcación de la lenta y compasada mudanza.

¿De qué derivaba esa anomalía? Del simple hecho de que la amnistía era generada por un régimen que de ella necesitaba para persistir, para sobrevivir como un desahogo, y, al mismo tiempo, por una resistencia democrática que de ella necesitaba para poder continuar avanzando. De un lado, por lo tanto, fuerzas poderosas retraídas organizada y metódicamente; del otro, fuerzas aún débiles, en avance muy lento y desorganizado.⁷

⁵ Sodré, Werneck Nelson, *Vida e Morte da Ditadura. Vinte anos de autoritarismo no Brasil*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1984, p. 121.

⁶ También es posible observar en otros procesos esa misma dualidad. Consúltese el artículo de Canton, Santiago, “Leyes de amnistía”, en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/MINJUSTICIA Brasil, 2011, pp. 265-291.

⁷ Sodré, Werneck Nelson, *op. cit.*, p. 122.

Y la amnistía tendría que ser el resultado de una ley confeccionada en el Congreso, con alcance inmediato e instantáneo, con la apariencia de igualdad, de no discriminaciones, de perdonar “agentes estatales” y “subversivos”, apariencia de justicia.

Al final, el texto de la Ley, dado a conocer en 1979, determinó en su artículo 1o.:

Artículo 1o. Es concedida amnistía a todos cuantos, en el periodo comprendido entre 02 de septiembre de 1961 y 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con estos, crímenes electorales, a los que tuvieron sus derechos políticos suspenso y a los servidores de la Administración Directa e Indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los Servidores de los Poderes Legislativo y Jurisdiccional, a los Militares y a los dirigentes e representantes sindicales, punidos con fundamento en actos Institucionales o complementares.

Par. 1o. son considerados conexos, para efecto de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con crímenes políticos o practicados por motivación política.

Par. 2o. Se exceptúan de los beneficios de la amnistía a los que fueron condenados por la práctica de los crímenes de terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal.

Bajo el número 6683, la Ley inició su mistificación normativizando no aquello a lo que la sociedad civil deseaba llegar, o sea, la reconstrucción del Estado, sino el propio pasado. Su aprobación originó toda la concepción de la justicia transicional que hay en Brasil. Por eso, Abrão y Torelly exponen que el concepto de “amnistía” como “impunidad y olvido”, defendido por el régimen militar y sus apoyadores, siguió paralizado a lo largo del tiempo, pasando por actualizaciones jurisprudenciales. Por otro lado, el concepto de “amnistía”, defendido por la sociedad civil de la década de los setenta, amnistía como “libertad”, se desarrolló durante toda la democratización, consolidándose como “reparación” constitucionalizada en el artículo 8o. del Acto de las Disposiciones Transitorias de 1988, que se refiere al derecho de todos los afectados por actos de excepción institucionales o complementarios a ser considerados nuevamente ejercientes del cargo.⁸

⁸ Abrão&Torelly, “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira”, *Revista Anistia*, núm. 7, enero-junio de 2012, Brasília, Min. da Justiça, pp. 11-47.

Bajo esas dos perspectivas, se perpetuó la vigencia de una Ley cuya intención fue mantener la impunidad de los torturadores y agentes de la dictadura. La amnistía perdonaba a la sociedad que resistía, al tiempo que mantenía toda la estructura jurídica y política en vigor. Legalizó al Estado de excepción, mantuvo en el sopor a una buena parte del movimiento social y generó que la memoria de los crímenes y las desapariciones y, con ello, la verdad, comenzaran a diluirse. La táctica comenzó a surtir efecto, en la perspectiva de dejar vacía de contenido la esencia represora del régimen militar y así, en 1979, se dio inicio a una transición maquillada.

Resalta la importancia que tenía para las fuerzas en el poder el hecho de que el Congreso expidiera el acto normativo. La apariencia de un Estado de derecho fue mantenida, porque en este tipo de Estado, cuestiones concretas son resueltas por el Ejecutivo, mientras que el Legislativo expide regularmente actos caracterizados por su generalidad y abstracción, es decir, leyes. El Ejecutivo dictatorial no emitió ningún decreto en materia de amnistía, sino que el Legislativo emitió una ley de efecto concreto, fundamentada en el presupuesto del acuerdo político y con efectos particulares, especiales, con destinatarios prefijados y autoejecutable. Esta cuestión será extremadamente relevante para la decisión de la ADPF 153, como veremos más tarde.

El Congreso de la época expidió la ley posible para la época, que pasó, entonces, a ser proyectada como expresión de la *volonté générale*, una ilusión jurídica.

En eso tiene razón el Supremo Tribunal, al juzgar la acción que buscaba la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. La Ley de Amnistía nace y muere en el tiempo y para los sucesos que creó. Técnicamente eso no le niega su ilegitimidad, que la torna en contravía con el Estado de derecho y la Constitución de 1988.

Resta saber si la acción —ADPF 153— que confronta el acto normativo con la Constitución en vigor puede provocar la convicción de que la Ley de Amnistía de 1979 no tiene validez alguna por dos posibles causas: la primera porque los requisitos necesarios para sustentarse en los marcos del Estado de derecho en ella no se verifican, y la segunda porque si confrontada con los principios —fines y valores constitucionalizados— no habría como compatibilizarla, como veremos a seguir.

2. La acción constitucional alegación de no cumplimiento de precepto fundamental

La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada en octubre de 1988. Desde entonces, el país inició el proceso que hemos venido llamando de *regeneración democrática*.

En más de 25 años, la Constitución ganó en fuerza normativa, no solamente por ser técnicamente una Constitución rígida, deducción que se hace al establecer el paralelo entre el proceso de elaboración de las enmiendas —artículo 60 de la Constitución— y el de elaboración de las leyes ordinarias (artículos 61, 64-66 y artículo 47 de la Constitución), sino también porque sus principios han moldado la institucionalidad y han sido determinantes para decisiones de extrema importancia socio-política.

La Constitución sometió la forma federativa de Estado, la separación de funciones, el voto directo, secreto, universal y periódico, y los derechos y garantías fundamentales al máximo grado de rigidez, petrificando la posibilidad de alteración de estos auténticos baluartes del ordenamiento jurídico (artículo 60, parágrafo 4o., de la Constitución).

En los términos del artículo 102 de la propia carta, el Supremo Tribunal Federal fue erigido como su guardián. Importa resaltar que hay una discusión actual sobre un supuesto activismo judicial, especialmente cuando se trata de colmar omisiones inconstitucionales que traban el desarrollo del diploma de 1988. Subyace un debate sobre la construcción del derecho, los nuevos paradigmas de la dogmática, el papel del juez como defensor constitucional, las decisiones contra mayoritarias y la distinción entre judicialización y activismo, al tiempo que se cuestiona el hecho de que el Supremo Tribunal sea, al mismo tiempo, corte constitucional y última instancia del aparato jurisdiccional.⁹

Las decisiones del Tribunal muestran una evolución de técnicas de decisión; vale la pena anotar algunas de especial relevancia, como la que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Prensa (ADPF 130), o la decisión del *caso Ellwanger*, en el cual se abordan los conceptos de raza y racismo (*habeas corpus* 82424), o la decisión que reconoce la unión homoafectiva como auténtica entidad familiar (Acción de Inconstitucionalidad ADI 4277/DF).

⁹ Sobre estos elementos, sugerimos: Streck, Lenio Luiz, *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

En el presente artículo tocaremos apenas una de estas decisiones, la que examina la Ley de Amnistía, cuya interpretación tuvo consecuencias concretas en el papel de la Comisión de la Verdad, creada por la Ley 11528 de 2011, instalada el 16 de mayo del 2012 y que concluyó sus trabajos el 10 de diciembre del 2014, y tiene impacto directo en las posibilidades de cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Herzog y otros vs. Brasil*, decidido el 15 de marzo de 2018.

En el ámbito de sus competencias constitucionales —artículo 102, I, a y párrafo 1o.— el Supremo Tribunal decide las *acciones directas de inconstitucionalidad* (ADI), *declaratoria de constitucionalidad* (Adecon) y la *alegación de no cumplimiento de precepto fundamental* (ADPF). Esta última reglamentada por la ley 9882 de 1999.

La ADPF surgió para dar respuesta a algunas necesidades sistémicas, como las controversias sobre la constitucionalidad de derecho preexistente a 1988. Por eso, la ADPF es el canal jurídico adecuado para requerir el examen de constitucionalidad de actos normativos editados con anterioridad a la vigencia de la Constitución en vigor.

Al igual que las demás acciones del control concentrado de constitucionalidad, y conforme el artículo 103 de la Constitución, los legitimados para ingresar con la ADPF son personas políticas, entre ellas la Presidencia de la República, la Mesa de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, el gobernador del estado o del Distrito Federal, el procurador general de la nación, partido político con representación en el Congreso, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados (OAB), confederaciones sindicales y entidades de clase del ámbito nacional.

La OAB fue la proponente de la ADPF sobre la Ley de Amnistía en el Supremo Tribunal, provocando el examen de constitucionalidad del acto normativo.

No puede pasar desapercibido que las familias de las víctimas desaparecidas, asesinadas o torturadas no podrían ingresar con ADPF. Sin embargo, la decisión de esta acción vincula al resto de los tribunales nacionales, agotando la posibilidad de que estas familias pudieran obtener decisión en sentido diferente en el contexto brasileño. La estrategia, aun así, fue la de acudir a la Corte.

La acción recibió el número de orden 153. Durante el trámite del proceso fueron escuchados el procurador general de la República, los Defensores del Estado (*Advocacia Geral da Uniao*), y en calidad de *amicus curiae*, la

Asociación de Jueces por la Democracia, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Asociación Democrática y Nacionalista de Militares (ADNAM). La acción fue relatada por el ministro Eros Grau, y la decisión del 29 de abril de 2010 determinó su improcedencia en los términos expuestos a seguir:

LA LLAMADA “LEY DE AMNISTÍA”. ARTÍCULO 50., CAPUT, III Y XXXIII DE LA CONSTITUCIÓN DEL BRASIL. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y PRINCIPIO REPUBLICANO: NO VIOLACIÓN. CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y TIRANÍA DE LOS VALORES. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y DISTINCIÓN ENTRE TEXTO NORMATIVO Y NORMA JURÍDICA. CRÍMENES CONEXOS DEFINIDOS POR LA LEY N. 6.683/79. CARÁCTER BILATERAL DE LA AMNISTÍA, AMPLIA E GENERAL. JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN LA SUCESIÓN DE LAS FRECUENTES AMNISTÍAS CONCEDIDAS, EN BRASIL, DESDE LA REPÚBLICA. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LEYES-MEDIDA. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATAMIENTOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES Y LEY N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE EL CRIMEN DE TORTURA. ARTICULO 50., XLIII DE LA CONSTITUCIÓN DEL BRASIL. INTERPRETACIÓN Y REVISIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA. ENMIENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1985, PODER CONSTITUYENTE Y “AUTO-AMNISTÍA”. INTEGRACIÓN DE LA AMNISTÍA DE LA LEY DE 1979 EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL. ACCESO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VERDAD. 1. Texto normativo y norma jurídica, dimensión textual y dimensión normativa del fenómeno jurídico. El intérprete produce la norma a partir de los textos y de la realidad. La interpretación del derecho tiene carácter constitutivo y consiste en la producción, por el intérprete, a partir de textos normativos y de la realidad, de normas jurídicas a ser aplicadas a la solución de determinado caso, solución operada mediante la definición de una norma de decisión. La interpretación/aplicación del derecho opera su inserción en la realidad; realiza la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; en otros términos: opera su inserción en el mundo de la vida. 2. El argumento desencajado de la dignidad de la persona humana para afirmar la invalidez de la conexión criminal que aprovecharía a los agentes políticos que practicaron crímenes comunes contra opositores políticos, presos o no, durante el régimen militar, no prospera; 3. Concepto y definición de “crimen político” por la Ley no. 6.683/79. Son crímenes conexos a los crímenes políticos “los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con los crímenes políticos o practicados por motivación política”; pueden ser de “cualquier

naturaleza”, pero (1.) han de estar relacionados con los crímenes políticos o (1.1.) han de ser practicados por motivación política; son crímenes otros, que no políticos; son crímenes comunes, pero (1) relacionados con los crímenes políticos o (1.1.) practicados por motivación política. La expresión de crímenes conexos a crímenes políticos connota sentido a ser sindicado en el momento histórico de la sanción de la ley. La llamada ley de amnistía dice con una conexión *sui generis*, propia al momento histórico de la transición para la democracia. Ignora, en el contexto de la Ley n. 6.683/79, el sentido o los sentidos corrientes, en la doctrina, de la llamada conexión criminal; refiere lo que “se buscó”, según la inicial, vale decir, extender la amnistía criminal de la naturaleza política a los agentes del Estado encargados de la represión. 4. La ley extendió la conexión a los crímenes practicados por los agentes del Estado contra los que luchaban contra el Estado de excepción; por eso el carácter bilateral de la amnistía, amplia y general, qua solamente no fue irrestricta porque no comprendía los ya condenados —y con sentencia transitada en juicio, la cual el Supremo asentó— por la práctica de crímenes de terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal. 5. El significado válido de los textos es variable en el tiempo y en el espacio, histórica y culturalmente. La interpretación del derecho no es mera deducción del, sino proceso de continua adaptación de sus textos normativos a la realidad y sus conflictos. Pero esa afirmación se aplica exclusivamente a la interpretación de las leyes dotadas de generalidad y abstracción, leyes que constituyen precepto primario, en el sentido de que se imponen con fuerza propia, autónoma. No aquellas, designadas leyes-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinan directamente determinados intereses, mostrándose inmediatas y concretas, y constituyen, en sí mismas, un acto administrativo especial. En el caso de las leyes-medidas se interpreta, en conjunto con su texto, la realidad en él y del momento histórico en el cual fue editada, no la realidad actual. Es la realidad histórica en la cual ella fue editada, no la realidad actual. Es la realidad histórico-social de la migración de la dictadura para la democracia política, de la transición conciliada de 1979, que ha de ser ponderada para que podamos discernir el significado de la expresión crímenes conexos en la Ley 6683. Es de la amnistía de entonces que se medita, y no de la amnistía tal y cual unos y otros hoy la conciben, sino aquella que fue en la época conquistada. Exactamente aquella en la cual, como afirma la inicial, “se buscó” extender la amnistía criminal de naturaleza política a los agentes del Estado encargados de la represión. La llamada Ley de Amnistía vehicula una decisión política asumida en aquel momento —el momento de la transición conciliada de 1979. La Ley 6683 es una ley-medida, no una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Debe ser interpretada a partir de la realidad en el momento en que fue conquistada. 6. La Ley 6683/79

precede a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —adoptada por la Asamblea General en 10 de diciembre de 1984, en vigor desde 26 de junio de 1987— y la Ley 9.455 de 7 de abril de 1997, que define el crimen de tortura; es el precepto vehiculado por el artículo 5o., XLIII de la Constitución —que declara no susceptibles de gracia e amnistía la práctica de tortura, entre otros crímenes— no alcanza, por imposibilidad lógica, amnistías anteriormente a su vigencia consumadas. La Constitución no afecta leyes-medida que la tengan precedido. 7. En el Estado democrático de derecho el Poder Judicial no está autorizado a alterar, a dar otra redacción, diversa de aquella en ella contemplada. Puede, a partir de él, producir distintas normas. Pero ni siquiera el Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescribir leyes de amnistía. 8. Revisión de Ley de Amnistía, si mudanzas en el tiempo y de la sociedad la impusieron, habrá —o no— de ser hecha por el Poder Legislativo, no por el Poder Judicial. 9. La amnistía de la ley de 1979 fue reafirmada, en el texto de la EC 26/95, por el Poder Constituyente de la Constitución de 1988. Por eso no tiene sentido cuestionar si la amnistía, tal y como fue definida por la ley, fue o no recibida por la Constitución de 1988; la nueva Constitución la (re) instauró en su acto originario. La Enmienda Constitucional n. 26 de 1985 inaugura un nuevo orden constitucional, consubstanciando la ruptura del orden constitucional que decayó plenamente con el advenimiento de la Constitución de 5 de octubre de 1988; consubstancia, en ese sentido, la revolución blanca que a ésta confiere legitimidad. La reafirmación de la amnistía de la ley de 1979 está integrada en el nuevo orden, se compone en el origen de la nueva norma fundamental. De todos modos, si no tuviéramos el precepto de la ley de 1979 como derogada por el nuevo orden constitucional, estará coexistiendo con el párrafo 1o. del artículo 4o. de la EC 26/85, existirá a la par con é (dicción del párrafo 2o. de la Ley de Introducción al Código Civil). El debate a ese respecto no sería, todavía, necesario. La una porque fue mera ley-medida, dotada de efectos concretos, ya agotados; es ley apenas en sentido formal, no siendo, con todo, en sentido material. La dos, porque el texto de jerarquía constitucional prevalece sobre el infra-constitucional cuando ambos coexistan. Afirmada la integración de la amnistía de 1979 en el nuevo orden constitucional, su adecuación a la Constitución de 1988 resulta incuestionable. El nuevo orden comprende no apenas el texto de la Constitución nueva, sino también la norma-origen. En el núcleo de esa totalidad —totalidad que el nuevo sistema normativo es— se observa que “(es) concedida, igualmente, amnistía a los autores de crímenes políticos o conexos” practicados en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. No se puede divisar antinomia de cualquier grandeza entre el precep-

to vehiculado por el párrafo 1o. del artículo 4o. de la EC 26/85 y la Constitución de 1988. 10. Se impone el desembarazo de los mecanismos que aun dificultan el conocimiento de cuanto ocurrió en el Brasil durante las décadas sombrías de la dictadura.

Con nuestras primeras consideraciones y el texto integral de la decisión emanada del Supremo Tribunal brasileño, pasaremos a algunos comentarios que consideramos, modestamente, jurídicamente importantes.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. *Texto y norma: la dimensión textual y la dimensión normativa del fenómeno jurídico*

La decisión del Supremo Tribunal establece que texto y norma no se identifican, lo que reporta a la interpretación no apenas del texto, sino a la construcción de la norma jurídica.

Nos recuerda R. Guastini que en el campo de la interpretación jurídica, interpretar denota

...grosso modo, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.¹⁰

Nos parece que toda razón asiste al profesor italiano. Ciertamente, la interpretación requiere de valoraciones e implica opciones. Si un texto normativo es considerado claro o de difícil comprensión, esto solamente es posible porque el intérprete así lo determinó, en función de una aproximación a su objeto. Y en esa aproximación él no descarta sus concepciones ni las opciones conscientemente establecidas como pilares indiscutibles del orden jurídico en las cuales se inserta el texto normativo que interpreta. Por eso, la supuesta claridad de un texto normativo no es una cualidad

¹⁰ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999, pp. 2 y 3.

intrínseca, un atributo del texto, sino el resultado de decisiones interpretativas concordes.¹¹

En esa visión, Eros Grau, en la obra en la cual aborda el tema, expone que

...interpretación y aplicación del derecho son una sola operación, de modo que interpretamos para aplicar el derecho y, al hacerlo, no nos limitamos a interpretar (=comprender) los textos normativos, mas también comprendemos (=interpretamos) los hechos ...como y en cuanto interpretación/aplicación, ella parte de la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasa por la producción de las normas que deben ser ponderadas para la solución del caso y termina con la escogencia de una determinada solución para él, consignada en la norma de decisión.¹²

Se deduce, entonces, que la interpretación cumple una función transformadora del texto normativo en norma. Por eso, el texto normativo constitucional, los textos normativos legales y, en general, el conjunto de las disposiciones, ofrecen posibilidades de interpretación. No son, por eso, exactamente las normas, sino el material de trabajo inicial del intérprete, cuya tarea es producir la norma.

De todos los intérpretes, es el juez el que produce la norma de decisión, pues está autorizado a transformar la realidad, determinar la salida que deberá darse al dilema jurídico. Sin embargo, ningún intérprete, como ya señalamos, puede establecer la norma sin que exista nada tras él —no fabrica la norma surgiendo ésta de la nada—, sino que ella es el producto de la interpretación del texto; por lo tanto, el texto producido por el legislador es imprescindible para poder avanzar. El *algo* —contenido de la norma— es el resultado de *algo* —el texto normativo— debidamente interpretado.

Otra condición de importancia es —además del texto normativo— el contexto, o sea, la realidad, el momento de la interpretación. Y desvenando el texto normativo, interpretando el hecho, el caso, se concretiza la interpretación/aplicación del derecho en cada caso.

Por eso, Eros Grau afirma que interpretar y aplicar son una operación. “La separación en dos etapas —de interpretación y aplicación— resulta de una equivocada concepción de la primera como mera operación de subsunción”.¹³

¹¹ También, en ese sentido, *ibidem*, p. 8.

¹² Grau, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2005, cap. II (sin número de página).

¹³ *Ibidem*, cap. X (sin número de página).

Sin embargo, una cuestión debe aún advertirse claramente cuando se trata de interpretar hechos. La importancia del relato de los hechos es fundamental para la decisión adecuada. Pues los hechos no están fuera de su relato.¹⁴ Por eso la comprensión de la realidad deriva de la descripción del hecho, de la pre-comprensión que se tenga del hecho y del lugar que ocupe quien lo describe.

La norma producida por el intérprete, luego del análisis del texto normativo y del hecho descrito, pasa a ser justificada, sobre la base de su razonabilidad. La norma de decisión debe ser siempre la más razonable, entre varias hipótesis de razonable decisión. O, si se prefiere, la norma de decisión debe ser siempre la más justa, entre varias posibilidades de justa decisión. Y precisamente por eso, no hay apenas una única respuesta para cada dilema jurídico.

Ahora bien, la interpretación razonable o justa tiene, necesariamente, una evidente matriz en los fines y valores constitucionales. Como anota Zagrebelsky, “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva, sino como centro en el que todo debe converger”.¹⁵ Por eso todo puede y debe ser reconducido a la Constitución, a sus principios, aquellos que albergan fines y valores superiores “porque sobre ellos existe un consenso suficientemente amplio que impiden que el ordenamiento sea una anarquía normativa”.¹⁶

El derecho, tanto como objeto de estudio científico como producto racional de la interpretación constructiva de las normas, se opera a partir del texto constitucional, de la interpretación de su contenido valorativo y sus fines. Por eso, pasaremos a algunas líneas sobre este tema como elemento de subsidio para nuestra visión en relación con la decisión del Supremo Tribunal brasileño en el caso examinado.

2. Valores y fines constitucionales

El texto normativo constitucional tiene una diferencia substancial con el restante de los textos normativos, pues es el resultado del *momento cons-*

¹⁴ *Ibidem*, cap. XII (sin número de página).

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 14.

¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

tituyente; es decir, surge en el momento en que se determinan las opciones necesarias para la conformación de la comunidad política.

Tres son los elementos más relevantes en el campo de la identificación de valores y fines en el contexto democrático: el primero, la necesidad de *superar la violencia como mecanismo de solución de conflictos*, finalidad en torno a la cual se moldean valores como la *vida humana*, la *paz* y la *seguridad*; el segundo, la finalidad de establecer que los pactos sociales tengan condiciones adecuadas de cumplimiento, en función de la cual se desarrollan funcionalmente los valores de *igualdad* y *libertad*; el tercero, la finalidad de establecer un sistema de producción y distribución de la riqueza social que pueda garantizar un valor concreto, la *dimensión objetiva de la dignidad humana* y la *justicia social*.¹⁷

Sobre estas bases comienza el diseño de un texto constitucional con valores y fines, o sea, elementos de consenso —*valores*— y elementos a conquistar —*fines*—, configurándose un modelo de vida, un proyecto constitucional de convivencia de la comunidad política, que reconoce la pluralidad de sus agentes. Esos valores y fines son claramente identificables en los varios artículos de la Constitución de 1988. Veamos, por ejemplo, el innegable prestigio del valor *vida humana*.

En efecto, el artículo 5o., III, nos dice que “nadie será sometido a tortura ni a tratamiento inhumano o degradante”, y luego el inciso XLIII del mismo artículo consigna que “la ley considerará crímenes sin fianza y no susceptibles de gracia y de amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de alucinógenos y drogas afines, el terrorismo y los definidos como crímenes hediondos, por ellos respondiendo los mandantes, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se omitieron”.

La Constitución brasileña sigue las mejores opciones de constitucionalismo de América Latina, del internacionalismo y de la universalidad como características de los derechos humanos para determinar la condena más fehaciente y consistente a la tortura.

Debemos considerar, sin embargo, cómo segmentos autorizados de la mejor doctrina jurídica contestan el texto de algunas Constituciones, como la de la República Argentina que no determina que los crímenes de lesa humanidad sean imprescriptibles. Y la crítica se realiza también desde otros campos del conocimiento. El historiador Osvaldo Bayer, por ejemplo, opina

¹⁷ Alarcón, Pietro de Jesús Lora, *Ciencia Política, Estado e Direito Público*, 3a. ed., Sao Paulo, Verbatim, 2017, pp. 66.

de la carta argentina que “...la sospecha surge clara y firme. Detrás de esta Constitución nacida de un pacto —que jamás tendría que haber existido en una nación libre— está subyacente la impunidad”.¹⁸ Y la verdad es que cuando se pacta y se pacta mal o sobre el imperio de la fuerza de uno de los pactantes, no puede haber garantía de seriedad política o jurídica. Es decir, el pacto no se sustenta por mero vicio del consentimiento.

Si la Constitución de Argentina tiene ese problema, en Brasil, la Ley de Amnistía, conforme a todo lo que hemos relatado en el primer capítulo de nuestra exposición, presenta también esta peculiaridad, que debe ser tomada en cuenta en el momento en que se construye la norma de decisión, es decir, en el momento en que se realiza la interpretación del texto normativo y de los hechos y se imprime carga valorativa y de fines, en términos constitucionales, al fallo.

Por eso, hay que asumir con cierta parsimonia la decisión de la Corte brasileña, que es enteramente respetable, en el marco de las posibilidades de decisión. Pero no se nos presenta razonable cuando se establece, en el punto número 4, en el que la comparación de los agentes del Estado con las víctimas, si se interpreta no solamente el texto normativo de 1979 —sin entrar en el mérito del vicio de consentimiento—, sino los hechos como vistos y relatados, sólo puede tener como consecuencia una absurda abertura, no necesaria ni plausible, a justificar la acción de los agentes estatales.

No parece posible, en los términos constitucionales actuales, asumir jurídicamente que la mejor opción para la regeneración democrática sea la sustentación del carácter bilateral de la amnistía. La norma de decisión, sobre esa base, alimentaría la táctica de las fuerzas armadas de la época, cuyo objetivo era la aceptación social, conformidad y concordancia con las actitudes que tomaron en el Estado de “no-derecho”. Es decir, el concepto de amnistía como sinónimo de impunidad y olvido quedaría presente, congelado en el tiempo por la jurisprudencia.

En esas condiciones de nada vale acudir a la Corte Interamericana, cuya jurisdicción es aceptada por Brasil a partir de 1998, para realizar el control de los actos dictatoriales con fundamento en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Decreto 678 de 1992. Casos como el del periodista Herzog estarían condenados a la eterna impunidad.

¹⁸ Bayer, Osvaldo, “Prólogo” a la obra de Ageitos, Stella Maris, *Historia de la impunidad*, 3a. ed., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2011, p. 13.

Volviendo a la carta de 1988, si investigamos aún más sus valores y fines observaremos que el artículo 3o. determina: “constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil: I- construir una sociedad libre, justa y solidaria”. Indiscutiblemente este fin constitucional está ligado a todo este proceso de regeneración democrática.

Si, por un lado, la decisión de la magna corte es blanco de nuestra modesta crítica, por otro lado, obsérvese la gallardía del décimo punto de la decisión comentada: “Se impone el desembarazo de los mecanismos que aún dificultan el conocimiento de cuanto ocurrió en el Brasil durante las décadas sombrías de la dictadura”.

Nos parece que la Corte, de esta forma, se posiciona favorablemente a la construcción de un tipo normativo que en América Latina es resultado de su peculiar realidad y al cual se refieren Abrão y Torelly, el “derecho a la memoria y a la verdad”, sustentando que si en algunos temas de derechos humanos “...la universalidad de la norma imperativa se confunde con una supuesta fundamentación metafísica del derecho, en el campo de la memoria y de la verdad la insurgencia del tipo normativo claramente afluye de un proceso político de disputa social del derecho”.¹⁹

Está en curso, bajo esa perspectiva, la construcción de un auténtico derecho fundamental, resultado de la cultura política, de la necesidad de atender a las exigencias de una nueva categoría jurídica, resultado de la regeneración democrática. La Constitución de 1988 debe rápidamente ser reformulada en ese aspecto, adicionando el nuevo derecho, aunque ya hoy se pueda desprender de su interpretación con fundamento en sus valores y fines.

3. *Leyes medidas y derecho*

En la decisión de la Corte la pieza clave para entender su fundamentación es que la Ley 6.883 es una ley medida (*Massnahmegesetze*), que se asemeja a un acto administrativo especial, una suerte de ley que, caracterizada de esa manera —ley medida— no ofrece condiciones de ser interpretada en su generalidad y abstracción. Siendo así, la realidad a

¹⁹ Abrão, Paulo y Torelly, Marcelo D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, p. 27, en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/MinJusticia Brasil, 2011, pp. 23-31.

ser interpretada con el texto normativo no es la actual, sino aquella de la época en la cual la ley surgió. Por eso, la afirmación: "...es de la amnistía de entonces que se medita, y no de la amnistía tal y cual unos y otros hoy la conciben, sino aquella que fue en la época conquistada... La ley 6.683 es una ley-medida, no una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Debe ser interpretada a partir de la realidad en el momento en que fue conquistada".

En esos términos, la Ley de Amnistía reproduce una decisión política. En el presente, con fundamento constitucional, es pertinente decir que en la interpretación de la Ley 6.683 tal vez se concentre mucho de lo que pueda ser dicho sobre la relación entre *lex* y *jus*, es decir, entre ley y derecho.

La Ley 6683, como se ha constatado, no fue el resultado de un acuerdo político entre sectores en igualdad de condiciones. De un lado, el gobierno y sus armas, y del otro, la sociedad criminalizada y la oposición tolerada por la dictadura u "oposición consentida".²⁰ Delante de tamaña represión, la exteriorización por el Legislativo de una especie normativa no puede, por las mismas causas, superar la construcción del derecho.

En otras palabras, si se reconoce que la tarea del Legislativo presionado es derecho, entonces el derecho no queda apenas reducido a la ley, sino a toda y cualquier ley, dependiendo de quién consiga asumir el mando. Se mistifica, por esa vía, no sólo una legalidad absurda, sino que se pierde la oportunidad de un ejercicio reflexivo para la emancipación de una práctica jurídica anclada en valores y fines constitucionales, colocándose la apariencia de derecho encima de la substancia.²¹

La dimensión de la legitimidad del derecho comienza a causar nostalgia cuando la ley se presenta traicionando el sentido de lo que la generación entiende como derecho. Y por eso la Constitución otorga instrumentos, como acciones constitucionales, para juzgar la concordancia de actos anteriores a su promulgación. La idea, en este caso, es: ¿el sentido jurídico que se obtiene de la interpretación del texto y del momento en que éste fue redactado es compatible con la intencionalidad constitucional del presente? Y más aún, ¿qué sentido tendría que una Constitución determine que existe una acción constitucional con la intención de examinar actos anteriores a su promulgación, si no es posible evaluar exegéticamente el texto normativo junto a la realidad que rige en el presente?

²⁰ Abrão & Torelly, *Mutações do conceito de Anistia*, p. 21.

²¹ Alarcón, Pietro de Jesús Lora, *op. cit.*, pp. 53-55.

Insertar en la Constitución a las víctimas de la dictadura militar, a los desaparecidos, implica despojarlos del olvido promovido por la supuesta legalidad de la época. O sea, traerlos al presente impone no ignorar la constitucionalización de la realidad actual, del ordenamiento jurídico, incluyendo la normatividad persistente desde la dictadura.

Opción contraria es reconocer que la Ley de Amnistía se posiciona por encima de los fines y de los valores constitucionales. O sea, la ley por encima de la *idea de DERECHO*. El vigor de una estructura social que desconoció la supremacía popular y que a su antojo amoldó y administró el pasaje a la democracia. Y eso tendría una repercusión en el momento de la interpretación, porque tendríamos que privilegiar el pensamiento del legislador de la época. Si la interpretación ya no puede colocar su énfasis en el pensamiento del legislador, en ningún caso, porque se reconoce que éste nos entrega un texto normativo apto a ser interpretado, y que es el intérprete aquel que determina el contenido de la norma, entonces no es posible establecer que debe primar el pensamiento del legislador de 1979, que estableció una norma, que por la vía de la alegación puede ser confrontada con la Constitución vigente, para que de la interpretación puedan salir resultados constructivos para la regeneración democrática del Brasil.

Lo que nos parece es que en el momento en que se justifica que la Ley de Amnistía es una ley medida, se substituyó el principio de la igualdad material por un concepto meramente formal. O sea, de una igualdad con substancia jurídica se pasó al igualitarismo, que colocó a las víctimas de la represión estatal en igual estatus que a los agentes de esa represión que mantenía el Estado de hecho y no el Estado de derecho. Y si equiparamos a los que procuran la creación del Estado de derecho a los que promueven el Estado de hecho, entonces se pierde el sentido real del derecho pautado en la dignidad.

Con todo respeto, el argumento de tratarse de una ley medida puede ser retóricamente viable, un concepto válido para justificar una opción política para el olvido, pero no parece suficientemente técnico en el caso en pauta.

4. *La normatividad internacional y la decisión de la Corte de San José*

Dice la Suprema Corte Brasileña:

6. La Ley no. 6683/79 precede a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratamientos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —adoptada por la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987— y a la Ley no. 9455 de 7 de abril de 1997, que define el crimen de tortura; y el precepto vehiculado por el artículo 5o., XLIII de la Constitución —que declara no susceptibles de gracia o amnistía la práctica de la tortura entre otros crímenes— no alcanza, por imposibilidad lógica, amnistías anteriormente a su vigencia consumadas. La Constitución no afecta leyes-medida que la hayan precedido.

Como se percibe, la Corte no dice, porque por sobre el tema no hay duda jurídica, que las conductas practicadas por los agentes estatales no sean crímenes contra la humanidad y por lo tanto pasibles de penalidades con fundamento en las convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Lo que ocurre es que con la decisión de la acción de alegación de inconstitucionalidad se agotaron los procesos jurisdiccionales que en Brasil podrían originar una interpretación conforme con la Constitución de 1988 de la Ley de Amnistía.

Para bien entender el asunto, nos remontaremos a una decisión, en la cual Brasil ya fue condenado el 24 de noviembre del 2010, *caso Gomes Lund e otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*. Especialmente hay que destacar que, a pesar de las razones expuestas por el Estado brasileño atacando la competencia de la Corte internacional, en el sentido de que el Pacto de San José fue ratificado *bajo reserva de reciprocidad y para hechos posteriores al 10 de diciembre de 1998*, la Comisión que admite la demanda es clara al afirmar que

...en virtud de las fechas de ratificación y del reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal, la demanda se refiere a las violaciones de los derechos previstos en la Convención que persisten después de ese reconocimiento de competencia, en razón de la naturaleza continuada de la desaparición forzada o que son posteriores a ese reconocimiento.²²

Adviértase que, lógicamente, la Corte Interamericana no es una revisora de la decisión del Supremo Tribunal Federal, pero sí debe ser tomado en

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión del 24 de noviembre de 2010, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. (consultado el 10 de julio del 2018).

cuenta que es la Corte la competente para analizar la responsabilidad internacional del Estado brasileño por posibles violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, y que el argumento de la naturaleza continuada de conductas cuyos efectos persisten el tiempo, aunque practicadas antes de la fecha de ratificación del documento, abre la posibilidad concreta de demandas a la Corte con ese fundamento.

En el *caso Herzog*, por tratarse de un asesinato, examinados los hechos, la Corte determina que Brasil debe reiniciar la investigación y el proceso penal para identificar, procesar y punir a los responsables, atendiendo al carácter de crimen contra la humanidad de los hechos analizados, reconociendo la imprescriptibilidad de las conductas.²³

Entretanto, hay que afirmar que las conductas practicadas durante la dictadura militar por agentes del Estado tienen, más allá de una discusión sobre imprescriptibilidad, consecuencias concretas en el tiempo, pues sus efectos se extienden a los brasileños de la actual generación y su concepción de transición y de justicia.

El internacionalismo, que al lado del constitucionalismo pueden ser considerados los dos grandes movimientos jurídicos del siglo XX y de comienzos del presente, es observado y trabajado en la decisión de la Corte brasileña.

Vale mencionar que la Constitución de 1988 estableció la cláusula de apertura en el párrafo 2o. del artículo 5o.: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros que recorren del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”. Y luego el párrafo 3o. del mismo artículo consigna el estatus que pueden obtener estos tratados: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.

De esta manera, cumplidas las exigencias formales del párrafo 3o., el Brasil puede modificar su texto constitucional, adicionando, extinguiendo, asimilando o introduciendo nuevos derechos fundamentales.

En el caso que examinamos, la cuestión preocupante es conocer cuál es la intensidad o el alcance práctico en la reflexión hermenéutica, y con es-

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión del 15 de marzo de 2018, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf (consultado el 24 de julio de 2018).

pecial énfasis en la técnica de construcción de una norma de decisión por un tribunal nacional —en particular cuando éste es la Suprema Corte del país— de la utilización del texto normativo de las convenciones internacionales, así como de la propia jurisprudencia internacional.

No cabe duda de que es perfectamente posible la utilización de las normas oriundas de tratados, pero el problema no es ese exactamente, sino saber cuánto ellas son determinantes para la construcción de la norma de decisión, es decir, cuál es el papel que ocupan como concentradoras de una expectativa social y cómo se revela la interacción entre el derecho patrio y el internacional.

En ese sentido, en el terreno de la unidad posible y horizontal, sin jerarquizaciones que entorpezcan el vigor de los derechos humanos, es un avance que la construcción de la norma decisiva sea el resultado de una interacción entre lo nacional y lo internacional, lo que supone fortalecer la legitimidad no solamente de los tratados internacionales, sino de las cortes internacionales sobre derechos humanos, analizar sus decisiones y promover su conocimiento en el escenario local.

Se ha observado que, en algunos casos, particularmente en instancias inferiores, la práctica no deseable es utilizar las decisiones de las cortes internacionales de manera selectiva, o sea, cuando conviene, cuando sanciona a aquel que interesa sancionar y, en otros casos, no se desea la interferencia de la Corte o su decisión. Práctica perjudicial para una cultura de derechos humanos. No se pretende, tampoco, una sublimación del internacionalismo, sin vigor constitucional, lo que ha conducido a algunos autores, como Carvalho Ramos, a concluir por la necesidad de iniciar una “fertilización cruzada entre los tribunales internos y los tribunales internacionales”.²⁴

Carvalho Ramos constató, al igual que otros investigadores del tema, que aunque se discuta el alcance y el sentido de determinada garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se busca verificar cuál es la posición de su intérprete, o sea, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción obligatoria el Brasil ya reconoce desde 1998.

Nos parece que le asiste razón al profesor brasileño. De hecho, hay que tener en cuenta la decisión de la Corte de San José, que en el caso en estudio

²⁴ Ramos, Andre de Carvalho, “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, USP, São Paulo, vol. 106-107, enero-diciembre 2011/2012, pp. 497-524, p. 514.

implica comenzar por advertir que la Corte no examina la constitucionalidad de la Ley de Amnistía, porque esto es tarea del Supremo Tribunal Federal, sino el control de convencionalidad, o sea, si la Ley de Amnistía entorpece o ayuda al reconocimiento de la obligación internacional del Estado. Y en ese paso, la Corte expone sin ambages que:

...este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se pronunciaron sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía, relativas a graves violaciones de los derechos humanos con el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.

Aun se puede argumentar que el Brasil fue el relator de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993. El Programa de Acción y la Declaración suscrita por los Estados señala que éstos “deben derogar la legislación que favorece la impunidad de los responsables por violaciones graves de derechos humanos.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto resulta que no puede, desde nuestro punto de vista, justificarse jurídicamente que la Ley de Amnistía se aplique a los violadores de los derechos humanos, agentes estatales que promovieron crímenes contra la humanidad por razones de reconocimiento de la verdad y la memoria del país.

La Ley de Amnistía brasileña de 1979, a pesar de ser considerada, aunque bajo el ropaje de una ley, un acto administrativo, debe ser, como todo acto del poder público, interpretado conforme a la Constitución federal de 1988, sus valores y finalidades, y conforme a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Brasil.

El *caso Herzog* es una muestra de la impunidad ocasionada por una interpretación histórica de la amnistía que no puede ser más reproducida en el país. No hay duda, entonces, que la Ley de Amnistía, en el campo internacional, no solamente no fue recibida, sino que, teniendo en cuenta las convenciones internacionales, carece de cualquier legitimidad. En ese sentido, la decisión de la Corte Interamericana en el *caso Herzog* debe ser acogida y de inmediato ejecutada por Brasil.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo D., “Democratización y derechos humanos: compartiendo experiencias de América Latina”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/Min Justicia Brasil, 2011.
- ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo D., “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira”, *Revista Anistia*, Brasília, n. 7, enero-junio de 2012.
- AGEITOS, Stella Maris, *Historia de la impunidad*, 3a. ed., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2011.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, *Ciência Política, Estado e Direito Público*, 3a. ed., São Paulo, Verbatim, 2017.
- CANTON, Santiago, “Leyes de amnistía”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, ICTJ/ABC/PNUD/Min Justicia Brasil, 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> (consultada el 10 de julio de 2018 y el 24 de julio de 2018).
- Folha São Paulo, disponible en: http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_28out1978.htm, Folha da Manhã, São Paulo (consultada el 14 de julio de 2018).
- Folha de São Paulo, “Ministério Público reabre investigação de caso Herzog”, Folha da Manhã, São Paulo, 31.07.2018. P. A11.
- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- GREIFF, Pablo de, “El esclarecimiento de la verdad, la confianza y la norma de derecho”, en BERGMAN, Marcelo y ROSENKRANTZ, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE-CIDE, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999.
- KUCINSKI, Bernardo, *O Fim da Ditadura Militar*, São Paulo, Contexto, 2001.
- MORAES, Livia Assad de, *Ditadura militar: a memória jornalística como parte da revisão histórica* In *Revista Brasileira de História da Midia*,

- vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2014, disponible en: <http://www.unicentro.br/rbhm/ed06/dossie/03.pdf> (consultado el 15 de julio de 2018).
- RAMOS, Andre de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2018.
- RAMOS, Andre de Carvalho, “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, USP, São Paulo, vol. 106-107, enero-diciembre 2011/2012.
- SODRÉ, Nelson Werneck, *Vida e Morte da Ditadura. Vinte anos de autoritarismo no Brasil*, 2a. ed., Petrópolis, Vozes, 1984.
- STRECK, Lenio Luiz, *Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEL BRASIL, disponible en: www.stf.jus.br (consultado el 10 de julio de 2018).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2007.

C