

Sobre la no aplicación de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Herzog por los tribunales brasileños

Sobre a não aplicação pelos tribunais brasileiros da sentença da Corte Interamericana no caso Herzog

On the non-application by the Brazilian courts of the judgment of Inter-American Court in the Herzog case

AUTOR

**Ignacio Berdugo
Gómez de la
Torre***

berdugo@usal.es

* Catedrático de Derecho penal. Director del Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Salamanca (USAL, España).

RESUMEN:

El artículo analiza la resolución judicial que rechaza la denuncia, presentada por el Ministerio Público brasileño para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herzog. Se analiza la pretendida validez de la ley de amnistía, la consideración de los hechos como crimen de lesa humanidad y los problemas que presenta en Brasil la relación entre Derecho penal internacional y el Derecho nacional.

RESUMO

O artigo analisa a resolução judicial que recusa a denúncia apresentada pelo Ministério Público brasileiro para o cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Herzog. Ainda assim, o trabalho analisa a pretendida validade da lei de anistia, a consideração dos fatos como crime de lesa humanidade e os problemas que apresenta no Brasil a relação entre o Direito penal internacional e o Direito nacional.

ABSTRACT:

This article analyzes the judicial resolution that rejects the complaint presented by the Brazilian Public Prosecutor's Office to comply with the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the Herzog case. Besides, this work analyzes the intended validity of the amnesty law, the consideration of facts as a crime against humanity and the problems that the relationship between international criminal law and national law presents in Brazil.

1. Introducción

El 15 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó sentencia en el caso Herzog y otros *versus* Brasil, en la que, con el voto unánime de sus miembros, condenaba al Estado brasileño (Berdugo Gómez de la Torre, 2019; Lora Alarcón, 2019). La Corte IDH en el contenido de la sentencia, al igual que años antes había hecho en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) *versus* Brasil (Berdugo Gómez de la Torre, 2017a, p. 89), pone de relieve las insuficiencias de la justicia transicional en Brasil y continúa en la línea que sobre cuestiones análogas mantiene como una constante en especial desde los casos Barrios Altos *versus* Perú y Almonacid *versus* Chile (Corte IDH 2006; 2001)¹. En este sentido, si se tienen presente los cambios políticos que tuvieron lugar en las últimas décadas del pasado siglo en muchos países de América Latina, importa subrayar la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH como motor de la consolidación de la democracia en América Latina (Piovesan, 2018).

El pasado 16 de marzo, el Ministerio Público brasileño (MPF)², dando cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH presentó denuncia en São Paulo por distintos delitos relacionados todos ellos con la muerte, en octubre de 1975, de Vladimir Herzog³. En concreto, la denuncia fue dirigida contra Audir Santos Maciel, José Barros Paes, Harry Shibata, Arildo de Toledo Viana, Altair Casadiel y Durval Ayrton Moura de Araujo. El 4 de mayo, el juez Alessandro Diaferia, de la 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo, en una amplia resolución rechazó la denuncia (MPF, 2020).

El debate una vez más va a girar en torno a tres puntos claves, que guardan relación entre sí: el valor y alcance de la ley de amnistía de 1979; la consideración de los hechos como crimen de lesa humanidad; y todo ello en el marco de las complejas relaciones, que se dan en Brasil, entre el Derecho penal internacional y la normativa nacional, entre otras razones por la beligerancia que mantiene en este punto la Corte Suprema Federal desde la sentencia de mayo de 2010.

2. De nuevo la Ley de Amnistía de 1979

La justicia transicional en Brasil ha tenido siempre como barrera el contenido de la ley de amnistía de 28 de agosto de 1979. De hecho, en la resolución objeto de estas páginas, el juez, en su rechazo a la denuncia del MPF, recurre a ella y a la interpretación que realizó de la misma la Corte Suprema Federal en su sentencia 153 de 2010 (STF, 2010). En su argumentación utiliza como apoyo varias referencias doctrinales de carácter general para aclarar el concepto y efectos que, con carácter general tiene el ejercicio de una amnistía (MPF, 2020a). Pero estas citas no abordan el problema de fondo, que no es que se entienda por amnistía, sino que se trata de un problema de legitimidad, si el órgano que dictó la amnistía de 1979 estaba materialmente legitimado para adoptarla y si el contenido de la amnistía se proyecta sobre delitos que pueden ser amnistiados.

La respuesta a estas dos interrogantes tiene que darse desde los principios y contenidos de la vigente Constitución de 1988, no desde los imperativos del ordenamiento jurídico que regía en 1979. Esta regla, por otra parte, es de aplicación para el conjunto del ordenamiento jurídico anterior a la actual Constitución y explica la existencia ante la Corte Suprema de un recurso, la Alegación de no Cumplimiento de Precepto Fundamental, que justamente tiene como objeto la consideración de la adecuación al contenido de la Constitución del ordenamiento anterior a su vigencia.

PALABRAS CLAVE

Herzog; justicia transicional; ley de amnistía; derecho penal internacional; Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Herzog; justiça transicional; lei de anistia; direito penal internacional; Brasil.

KEYWORDS

Herzog; transitional justice; amnesty law; international criminal law; Brazil.

Para tomar postura sobre la ley de 1979, es preciso recordar la parte esencial de su contenido:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

La correcta valoración de la ley de amnistía exige tener presentes las circunstancias políticas que concurrían en el momento en que se dictó. Como expuse en otro lugar (Berdugo Gómez de la Torre, 2017a), es necesario recordar los pasos dados en Brasil para la transición de la dictadura a la democracia, que conducen a cuestionar el mito de entender la ley de amnistía como fruto de un pacto entre el gobierno militar y la oposición (Abrão & Torelly, 2012; Moreira da Silva Filho, 2010)⁴, lo que en opinión de la Corte Suprema y del juez Diaferia es la fuente de su legitimidad, que le confiere un valor materialmente superior a la propia Constitución, en cuanto el contenido de la ley de amnistía queda al margen del básico principio de jerarquía normativa del texto constitucional. En opinión de la Corte Suprema, la razón clave radica en que la ley de amnistía es una “ley medida”, dictada para una circunstancia concreta y que por tanto debe ser interpretada en las circunstancias en las que fue promulgada. Esta afirmación lleva a recordar sobre la diferencia entre ley y derecho, es decir, a tener que pronunciarse sobre la pretendida legitimidad de la norma de 1979 (Lora Alarcón, 2019).

La diferencia entre ley y derecho es una cuestión básica para cualquier jurista. Las reflexiones de Radbruch, Schmidt y Welzel (1971) sobre este punto son particularmente esclarecedoras y el juez Cançado Trindade⁵, en uno de sus importantes votos en la Corte IDH, se remite a ellas cuando afirma, “hay ‘leyes’ que se muestran tan nocivas para el bien común, tan injustas, que se muestran desproveídas del carácter de ‘jurídicas’”.

En la argumentación, tanto de la Suprema Corte, en su sentencia de 2010, como en la resolución objeto de estas páginas, se está dando al Parlamento brasileño que aprobó la norma una legitimación que nunca tuvo, basta recordar el origen de los parlamentarios⁶.

A esta falta de legitimación de origen hay que agregar el carácter unilateral del contenido de la ley que hace que la supuesta amnistía bilateral, sea en realidad una amnistía para aquellos que habían torturado, pero no para los torturados⁷. Ante la lectura, que esta resolución judicial y la muy citada sentencia de la Corte Suprema, hacen de determinados momentos de la historia, es necesario recordar el lento final de la Dictadura militar, con movimientos sociales demandando una amnistía, pero con un contenido que su lema dejaba claro, “*anistia, ampla, geral e irrestrita*”. Los movimientos sociales en favor de la amnistía tenían como objetivo la amnistía de los que activamente se habían opuesto al régimen militar (Abrão & Torelly, 2012; Nilin Gonçalves, 2009).

La sentencia de 2010, base clave de esta decisión del juez, insiste en la consideración de la ley de 1979, aprobada por el parlamento de la dictadura, como resultado de un pacto que le confiere legitimidad. Esta afirmación, como documentadamente recuerda un importante sector de la doctrina brasileña (Moreira da Silva Filho, 2010), tiene poco que ver con la realidad de lo que aconteció. La transición brasileña, al igual que otras, por ejemplo, la española, es una transición por evolución, administrada y guiada por quienes detentaban el poder (Abrão, 2011; Mota & López, 2009). Una manifestación de esa transición hecha desde arriba es justamente esta amnistía otorgada, que no pactada, aprobada por un parlamento, que en ningún

caso podía afirmarse que tuviera una legitimación democrática, donde eran muchos más los brasileños excluidos que los representados (Bonavides de Andrade, 1991).

Por mucho que el voto mayoritario de la Corte Suprema y la resolución judicial objeto de estas páginas atribuyan a la ley de 1979 el ser consecuencia de un pacto, la realidad histórica es inatacable y los hechos, por mucho que se nieguen y que pueda llegar a afirmarse la existencia de un pacto, lo que para algunos constituye un dogma, este jamás existió. Pero siendo cuestionable la legitimidad de origen de la ley de amnistía, lo que bastaría para rechazar toda la argumentación judicial, también lo es su contenido. En primer lugar, una lectura reposada destruye su pretendida bilateralidad y subraya su predominante carácter de autoamnistía. Varios son los rasgos del contenido que llevan a esta conclusión. El primero, la utilización de varios conceptos que dejen la puerta abierta a interpretaciones, como efectivamente ocurrió, que pusieran el acento en la amnistía de los que actúan en defensa de la Dictadura. Pieza clave para alcanzar este objetivo es el contenido que la ley establece para los que denomina delitos conexos:

Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

Es evidente que el autor de la ley parece buscar una amnistía que va mucho más allá del contenido de delito político, “crímenes de cualquier naturaleza” relacionados con crímenes políticos, luego que no tienen tal condición, o que han sido realizados por motivación política. La existencia de esta conexión o de la apreciación de la motivación política queda en manos de un poder judicial, que hace suya la interpretación dada por el poder militar y que sistemáticamente aplica la ley de amnistía al empleo de la violencia y a la comisión de delitos calificables como crímenes de lesa humanidad por parte de policías y militares defensores de la dictadura (Coelho Zilli, 2012)⁸. En segundo lugar, la norma establece que:

Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

Es decir, amnistía a los que en representación de la dictadura y con la finalidad de mantenerla hubieran cometido un hecho delictivo cualquiera que fuera su gravedad. Pero, se excluye a los que se opusieron a la dictadura recurriendo a la violencia, realizando actos de terrorismo, asalto, secuestro y atentado, y hubieran sido condenados por ello. Obsérvese que en este caso la amnistía va a tener como objeto solo los que no habían sido ya juzgados, limitación a todas luces cuestionable al hacerla depender de la mayor o menor rapidez de los encargados de aplicar la ley y no de los hechos realizados. Por tanto, la amnistía es ilimitada en el caso de los que se oponían a la dictadura y con limitaciones para los que se oponían a ella.

En tercer lugar, no se pueden dejar de tener presentes al menos otras dos objeciones, como la existencia o no de un derecho de rebelión o de resistencia en los que se oponían a la dictadura y tener presente, aunque no se comparta el camino, las clásicas reflexiones sobre licitud del recurso a la violencia para oponerse a la tiranía (Mariana, 1981; especialmente el capítulo “Si es lícito matar al tirano”). Esta misma línea de razonamiento hace que objetivamente sea más grave el delito cometido por quien detenta el poder y lesiona los derechos de los ciudadanos que tiene obligación de defender, que quien no lo detenta y pretende lograr un cambio de régimen con el recurso a la violencia.

Ciertamente la ley de amnistía tuvo un importante significado político tanto para el gobierno militar como para los movimientos sociales de oposición. Pero, en ningún caso el que para unos fuera un instrumento que posibilitara una futura impunidad y para otros fuera sin duda una victoria política, en cuanto era una clara manifestación de la crisis final del gobierno militar, ni exterioriza un pacto ni le otorga legitimidad.

Como ponen de relieve Abrão y Torelli (2012), la amnistía pretendida por los movimientos proamnistía, era “la amnistía de la libertad”, pero la amnistía alcanzada y de cuyo relato y aplicación se apropian las Fuerzas Armadas y los sectores de la sociedad que les dieron apoyo es “la amnistía de la impunidad y el olvido”. Sin ningún género de dudas, como recuerda la Corte IDH estamos ante una autoamnistía. Como tal, su

contenido es el no derecho, es un ilícito internacional. En palabras de Piovesan (2018) “leyes de amnistía no pueden autorizar una manifiesta violación del *ius cogens*, como la absoluta prohibición de la tortura, en el plano internacional” (p. 707).

Una línea de razonamiento análoga puede aplicarse respecto al valor jurídico que se otorga a la Enmienda Constitucional nº26 de 27 de noviembre de 1985. El mismo sector del poder judicial que defiende la consideración de la ley de amnistía como consecuencia de un pacto, entiende que esta enmienda da rango constitucional a su contenido que reproduce, con un significativo cambio⁹, el contenido de la ley de 1979.

Frente a esta posición, una vez más, surgen objeciones de legitimación. En primer lugar, y en la misma línea de razonamiento ya expuesto, la enmienda constitucional lo es a la Constitución de 1967, la de la Dictadura militar, que aunque formalmente tenga esta denominación, materialmente no puede aplicársele (García de Enterría, 2006). En segundo lugar, no es aceptable la consecuencia a la que lleva, el mantenimiento de la vigencia de una norma cuyo contenido, entre en directa colisión con los valores superiores del modelo de Estado recogido en la Constitución de 1988.

La Constitución brasileña de 1988, su consideración dogmática, establece el marco al que aspira a llegar la sociedad brasileña y lo hace estableciendo los valores y fines que la configuran (Lora Alarcón, 2019, p. 525) y delimitan el marco en el que puede procederse a su interpretación. Estos valores y fines son desarrollados por el texto constitucional, necesariamente se proyectan sobre el resto del ordenamiento jurídico y condicionan las decisiones que pueden adoptar los tribunales. Técnicamente se plasman en el valor directamente normativo del texto constitucional y en el principio de jerarquía normativa¹⁰.

En coherencia con este punto de partida se establece la acción de incumplimiento de principio fundamental, que tiene por objeto la consideración del ordenamiento jurídico anterior al texto fundamental y se encarga a la Corte Suprema su función de guardián de la Constitución (1988, art. 102). Sobre esta base y por estas razones, no pueden desconocerse, cuando se examina el contenido de la ley de amnistía, la necesidad de insertarla en el marco de una Constitución que, a título de ejemplo, entre sus preceptos establece en su art. 5 nº 3 que “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” y más adelante, en el nº 43, que no pueden ser objeto de gracia o amnistía, “*a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*” (Constituição, 1988).

Todo lo hasta ahora expuesto lleva a rechazar el contenido de la resolución judicial objeto de este comentario y de la sentencia de la Suprema Corte que adopta como fundamento. En síntesis, la ley de amnistía de 1979 y la interpretación que hasta ahora han efectuado de la misma los tribunales brasileños, no tiene legitimidad de origen y su contenido es incompatible con los principios que fundamentan la Constitución de 1988, que, no debe olvidarse, son los propios de un Estado Democrático de Derecho.

Esta posición sobre la ley de amnistía brasileña ya fue mantenida por la Corte IDH en la citada sentencia de 2010, en el caso de la guerrilla de Araguaia, Gomes Lund y otros *versus* Brasil, y fue ratificada por un órgano oficial brasileño, la Comisión Nacional de la Verdad (CNV), y llevó a un cambio de postura por parte del MPF (Berdugo Gómez de la Torre, 2017, p. 62). Por otro lado, el Informe de la CNV sirve de base a la sentencia de la Corte IDH en el caso que analizamos. Frente a esta posición el poder judicial y esta resolución es buena prueba de ello, continúa aferrado a la vigencia plena de la ley de amnistía, que al final aparece por encima de la Constitución, aunque justamente refleje los valores contrarios a ella. Lo que no deja de ser una aberración jurídica.

3. La tortura y muerte de Herzog, crimen de lesa humanidad

Otro punto clave para valorar el contenido de la resolución dictada por el juez Diaferia, pasa por pronunciarse sobre si la muerte de Vladimir Herzog en las instalaciones del Destacamento de Operaciones e Informação - Centro de Operaciones de Defesa Interna (DOI-CODI) tiene que ser considerada como un crimen de lesa

humanidad, si estamos, por tanto, ante un delito internacional constitutivo de *ius cogens*. Conviene recordar que la construcción jurídica y política de los delitos internacionales, aunque sus raíces provengan del siglo XVI¹¹, tiene su primera plasmación práctica en los Tribunales de Núremberg (Sands, 2017) y constituye un pilar del nuevo orden que se busca crear tras la Segunda Guerra Mundial. Piezas claves son, además de los Principios de Núremberg, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, donde se plasma al contenido del *ius cogens*, unido a todo el proceso de normativización de los Derechos Humanos, tanto a nivel global como regional, llevado a cabo en las últimas décadas del pasado siglo. Este proceso se plasma, además en distintos convenios y tratados, en el Estatuto de Roma y en la creación de jurisdicciones de competencia supranacional, como el Tribunal Penal Internacional, el tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte IDH. Esta última ha realizado a través de su jurisprudencia una importante contribución al desarrollo del Derecho penal internacional, en especial en la contribución a la protección efectiva del hombre y sus derechos, al profundizar y ampliar el contenido del *ius cogens*¹².

En lo que afecta al caso que nos ocupa, la sentencia de la Corte IDH es taxativa en su consideración de la tortura y muerte de Vladimir Herzog como crimen de lesa humanidad¹³, y, como ya se ha adelantado, lo hace tomando como referencia y prueba determinante, las investigaciones y la valoración que de sus resultados había llevado a cabo una institución oficial brasileña, la CNV. A lo que hay que unir el no cuestionamiento de los hechos por parte de los representantes del Estado brasileño en sus intervenciones ante la Corte IDH. Estos objetaron las consecuencias jurídicas que podían derivarse de estos comportamientos, pero no el que la muerte del periodista había tenido lugar bajo tortura, llevada a cabo por funcionarios del Estado en el marco de la “Operación Radar”.

La Corte IDH califica con claridad y contundencia la muerte de Herzog como crimen de lesa humanidad, al entender que se trata de un delito particularmente grave, realizado en el marco de un plan organizado para llevar a cabo la eliminación física de opositores al régimen. Por tanto, en los hechos están presentes todos los componentes que requieren, la doctrina, los tratados y la propia jurisprudencia de la Corte IDH, para la consideración de un delito como crimen de lesa humanidad. Así, la Corte de San José afirma:

la detención, tortura y asesinato de Vladimir Herzog fueron, efectivamente, cometidos por agentes estatales pertenecientes al DOI/CODI del II Ejército de São Paulo, como parte de un plan de ataque sistemático y generalizado contra la población civil considerada como “opositora” a la dictadura, en particular para lo que respecta al presente caso, periodistas y supuestos miembros del Partido Comunista Brasileño (Corte IDH, 2018, §241).

Es decir, la Corte IDH al pronunciarse sobre la muerte de Vladimir Herzog profundiza y desarrolla la posición que ya había sostenido sobre los crímenes de lesa humanidad desde el caso *Almonacid versus Chile*.

En este contexto, de estar ante un crimen de lesa humanidad, como reiteradamente recuerda en su denuncia el MPF, es en el que hay que situar la tortura y asesinato de Herzog:

Todas as condutas acima imputadas foram cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil, que consistiu, conforme detalhado na cota introdutória que acompanha esta inicial, na organização e operação centralizada de um sistema semiclandestino de repressão política, baseado em ameaças, invasões de domicílio, sequestro, tortura, morte e desaparecimento dos inimigos do regime (MPF, 2020a, p. 5).

En esta apreciación coincide el MPF con el contenido del Informe de la CNV¹⁴ y con el de la ya mencionada sentencia de la Corte IDH, la muerte de Herzog, debida a la tortura en las instalaciones del DOI-CODI llevada a cabo por agentes públicos, constituye un crimen de lesa humanidad. El juez intenta rebatir esta consideración acudiendo a un falaz e insostenible argumento estadístico¹⁵, que en su opinión permite sostener que:

Existe, portanto, uma distância muito expressiva entre essa suposta “vitória” do regime de exceção e a afirmação de que havia “ataques generalizados contra a população brasileira”: não se pode dizer que a repressão a opositores do regime de exceção, por mais dura que tenha sido, tenha se estendido à grande massa da população brasileira. O argumento peca pelo caráter hiperbólico e não é suficiente para os fins pretendidos (MPF, 2017, p. 266).

Realmente en este punto el juez reescribe la historia e ignora en el campo internacional, entre otros textos, el contenido de la sentencia de la Corte IDH, y el Estatuto de Roma que vincula el crimen de lesa humanidad a que sea

parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (Estatuto de Roma, 1998, art. 7).

Cualquier aproximación a la historia de la Dictadura Militar brasileña pone de relieve la existencia de una estructura y un plan establecidos por las autoridades del régimen y encaminados a la eliminación de aquellos sectores de la población que integraban la oposición y que, en el caso en la conocida como “Operación Radar”, tenía como objetivo la eliminación física de los miembros del Partido Comunista Brasileño (PCB). El Informe de la CNV aporta datos contrastados sobre estos planes y estructuras en el capítulo referido a “Órganos y procedimientos de la represión política” o en los que tienen como objeto, “Métodos y prácticas en las graves violaciones de Derechos humanos y sus víctimas” (CNV, 2014).

En este marco general, la tortura y muerte de Herzog tiene lugar dentro de la mencionada operación en la sede del DOI-CODI del 2º Ejército, uno de los lugares donde sistemáticamente se torturaba y eliminaba a los opositores¹⁶. En síntesis, y afirmarlo no supone una posición aislada por nuestra parte, la tortura y asesinato de Vladimir Herzog, llevada a cabo por funcionarios en el marco de un plan diseñado por las autoridades del Estado constituye un delito internacional, en concreto un crimen de lesa humanidad, constitutivo de *ius cogens* y como tal no puede ser amnistiado.

4. Sobre las relaciones entre el Derecho internacional penal y el derecho nacional

La internacionalización es un rasgo de nuestra época que entre otras manifestaciones se proyecta sobre la pretensión de que los modelos de ordenación de la sociedad, por los que pueden optar los distintos países en el ejercicio de su soberanía, tengan el denominador común de la referencia al respeto formal y material de los Derechos Humanos, principios que se sitúan por encima de los ordenamientos nacionales al constituir en muchos casos, la base dogmática de los modelos personalistas de sociedad que recogen sus textos constitucionales.

El modelo de nuevo orden que pretende construirse tras la Segunda Guerra Mundial adopta como punto de partida la solemne Declaración Universal de Derechos Humanos y la internacionalización política y jurídica, que de la misma se deriva, que se exterioriza en distintos tratados, que desarrollan los derechos en ella contenidos, y en las instituciones y jurisdicciones internacionales, creadas para pretender hacer efectiva su vigencia, lo que necesariamente tiene que tener consecuencias sobre el contenido de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados.

En realidad, la internacionalización trae consigo una evolución en el modelo de Estado y no tiene el mismo significado y las mismas consecuencias en todas las regiones del mundo. Esto es claro, como ha puesto de relieve la doctrina (Piovesan, 2018) si comparamos Europa y América Latina. En el primer caso, las declaraciones de Derechos, y la jurisdicción internacional encaminada a garantizar su vigencia, están vinculadas a la existencia de instituciones supranacionales, como la Unión Europea, que suponen una dejación de soberanía nacional, para construir, no sin problemas, Estados de Derecho fundados sobre

la dignidad del hombre y sus Derechos. Esta situación política internacional tiene como consecuencia el aceptar y aplicar por los distintos Estados las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷.

En el caso de América Latina, el punto de partida es distinto. En especial, en países que en un pasado reciente han tenido regímenes no democráticos, que no podían ser calificados como Estados de Derecho. Hoy, la mayor parte de ellos, tienen constituciones que consagran directamente los Derechos del Hombre o se vinculan a declaraciones o tratados internacionales. Pero, la aceptación de una jurisdicción internacional que pueda anular decisiones adoptadas por las instituciones nacionales sigue teniendo que salvar importantes obstáculos por parte de sectores del poder judicial, al entender que es una limitación de la soberanía nacional. El punto de partida en América Latina es anterior al que se desarrolla en Europa, el papel de la Corte IDH es reforzar la democracia en los distintos países. Las sentencias de la Corte IDH pueden constituir un instrumento para consolidar la democracia y facilitar procesos de integración en la región y no tanto se considerados como una consecuencia de estos.

La internacionalización, en el campo penal, presenta dificultades añadidas, al ser el recurso a los delitos y las penas una directa manifestación de la soberanía nacional. Pero, tal como se ha expuesto, la existencia de valores que están por encima de los Estados y que su protección se plasma en los delitos internacionales, no puede hoy ser ignorada, máxime cuando los obstáculos que se alegan desde las jurisdicciones nacionales para no proceder a su enjuiciamiento, no es que no hayan tenido lugar y que cuando se realizaron no fueran delito, sino que han sido objeto de amnistía por leyes que materialmente no merecen tal consideración.

Todo lo hasta ahora expuesto abre la vía para otros debates. En 1988, Brasil adoptó una Constitución que consagra el Estado de Derecho sobre la base de una amplia relación de Derechos individuales y de forma expresa manifiesta su vinculación a la internacionalización de estos:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Constituição, 1988, art. 5).

Em 1992, Brasil ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y, en 1998, aceptó la jurisdicción de la Corte IDH. Con lo que está dando un paso importante en el desarrollo de esta internacionalización de su texto fundamental, pero también abriendo el camino a la necesaria consideración de las consecuencias prácticas y problemas políticos y jurídicos¹⁸ que se derivan de esta internacionalización y buena prueba de ello es el contenido y las consecuencias de esta sentencia del caso Herzog.

La Corte IDH, por su parte, refuerza en la sentencia de este caso su doctrina del control de convencionalidad¹⁹. Al entender que los tribunales brasileños deben aplicar el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos y hacerlo con la interpretación de la misma que efectúa la Corte de San José. Es decir, la Corte de San José no anula directamente las normas o las sentencias brasileñas, decisión que debe ser adoptada por las instituciones nacionales, y a lo que estas se obligan al aceptar en un ejercicio de soberanía la jurisdicción de la Corte²⁰, pero entiende además que están obligados los tribunales de los distintos Estados, no solo las Cortes Supremas, a aplicar el contenido de la Convención Americana y la interpretación que de la misma efectúa la Corte IDH. Claramente este control de convencionalidad es ignorado por la resolución judicial objeto de estas páginas.

5. Conclusiones

Esta decisión del juez al rechazar la denuncia del MPF invita a llevar a cabo otra reflexión complementaria. Cançado Trindade (2018), en la conferencia de inauguración del año judicial de la Corte IDH, sostiene, como una importante aportación de este tribunal, la expansión y profundización en el *ius cogens*. El antiguo presidente de la Corte IDH tiene razón, y esta sentencia del caso Herzog constituye un paso más. Esta sentencia es clave para la configuración del contenido de los delitos de lesa humanidad, integrantes del *ius*

cogens. Si se compara el contenido de la sentencia del caso Herzog con la del caso Gomes Lund, llama la atención, tal como ya ha puesto de relieve la doctrina (Cataldo de Souza Tilio dos Santos, 2017, p. 2), que en la de la Guerrilla de Araguaia, la Corte IDH elude la utilización del término de crimen de lesa humanidad y reiteradamente recurre para referirse a los hechos como “graves violaciones de derechos humanos”. En cambio, en la que hoy analizamos un punto central es justamente este, concretar y delimitar el contenido de esta clase de delitos internacionales e incluir dentro de ellos a la tortura y muerte de Herzog.

Estamos por tanto ante una resolución judicial brasileña claramente cuestionable en sus fundamentos, que choca frontalmente con la doctrina de la Corte IDH al dar valor a la ley de amnistía de 1979 y al no considerar la tortura y asesinato de Vladimir Herzog como crimen de lesa humanidad. Por todo lo expuesto sería deseable que, ante el previsible recurso del MPF, la Corte Suprema aprovechara la ocasión para proceder a revisar su posición sobre el alcance de la ley de amnistía y sobre las relaciones entre el Derecho penal internacional y el Derecho penal brasileño.

La nueva realidad internacional y las exigencias de una justicia transicional invitan a la Corte Suprema a consolidar su independencia frente a los otros poderes y a ser una impulsora de la consolidación del texto de la Constitución de 1988 y de los principios y valores que constituyen su base. Aunque el paso del tiempo, los graves problemas económicos y de gestión que en el presente tiene Brasil y la posición política del actual presidente, que expresa de modo reiterado su admiración por los pasados gobiernos militares y por algunos de los más destacados torturadores, hace que sea poco probable la materialización de lo que constituye una exigencia de la justicia transicional y de la internacionalización del respeto por los derechos humanos. Por todo ello, la consolidación de la democracia en Brasil continúa siendo un desafío de futuro para un país próximo a celebrar los doscientos años de su independencia.

NOTAS

¹ Sobre la posición de la Corte IDH ante las auto amnistías, que como se verá vuelve a ser el tema central de la resolución objeto de estas páginas, es fundamental el contenido de estas dos sentencias y la explicación que el juez Cançado Trindade da de su voto coincidente.

² El Ministerio Público brasileño, a raíz de la sentencia de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros versus Brasil, comienza a presentar denuncias, ciertamente con poco éxito, por muertes, desapariciones y torturas durante la dictadura militar, considerando que la ley de amnistía de 1979 no tenía aplicación a estos delitos (Berdugo Gómez de la Torre, 2017).

³ Sobre Vladimir Herzog, en fecha muy reciente, la Fundación que lleva su nombre ha elaborado un muy completo acervo que recoge su vida y toda su actividad [www.acervovladimirherzog.org.br] de obligada consulta para cualquiera que desee conocer en profundidad su figura, sus aportaciones y una época dramática de la historia de Brasil.

⁴ Recientemente esta idea del pacto es rechazada con muy sólida argumentación por Lora Alarcón (2019).

⁵ Ver su voto concurrente en el caso Almonacid *versus* Chile (Corte IDH, 2006), en especial los apartados 8, 9 y 10.

⁶ La composición del parlamento se estructuraba sobre los dos partidos reconocidos por la Dictadura, Arena, el oficialista, y MDB, el de la tolerada oposición. La victoria electoral de los candidatos de este último llevó al conocido como “Pacote de abril”, que entre otras modificaciones permitía al gobierno el nombramiento directo de un tercio de los senadores (“senadores biónicos”).

⁷ Importa subrayar los debates sociales y dentro de las Fuerzas Armadas sobre la concesión de la amnistía, pues el amnistiar a los torturadores, obviamente no era el objetivo de los movimientos sociales proamnistía; y el amnistiarlos suponía para un sector de las Fuerzas Armadas el reconocimiento de que, por sus miembros, se habían cometido graves delitos (Berdugo Gómez de la Torre, 2017^a; sobre el debate en el seno de las Fuerzas Armadas, Nilin Gonçalves 2009).

⁸ En este contexto la ley de amnistía llega a ser aplicada a hechos realizados con posterioridad a su entrada en vigor, como es el caso de las bombas que explotaron en Riocentro, en 1981.

⁹ Omite la exclusión de la amnistía de los que habían sido objeto de condena por terrorismo, secuestro o atentado.

¹⁰ Lora Alarcón (2019, p. 528) enumera tres fines que buscan dar contenido a tres valores que fundamentan la Constitución brasileña: el primer fin es la renuncia a la violencia como modo para resolver los conflictos, que lleva a incorporar como valores a la vida humana, la paz y la seguridad; la segunda finalidad, es la adopción

de pactos sociales, para dar contenido a los valores de igualdad y libertad; y el tercero, establecer un sistema de producción y distribución de la riqueza social que busque alcanzar la dignidad objetiva y la justicia social. Estos valores y fines dan contenido al Estado democrático de Derecho proclamado en el artículo inicial del texto constitucional.

¹¹ En este punto es obligada la referencia a las reelecciones de Vitoria: “el orbe entero, que en cierto modo es una república, tiene potestad de dar leyes justas y convenientes para todos, como son las del derecho de gentes” (2007, p. 51). El dominico sostenía la existencia de un “derecho de gentes”, por encima de las leyes de los Estados.

¹² Es especialmente relevante la contribución del jurista brasileño Cançado Trindade, que presidió la Corte IDH. El contenido de sus votos constituye una pieza clave para explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte.

¹³ La sentencia de la Corte IDH considera como punto central para su argumentación la consideración de los hechos como crimen de lesa humanidad y, por tanto, como *ius cogens*. En concreto lo analiza tanto el contenido de estos delitos como sus consecuencias desde el apartado 208 al 312.

¹⁴ La CNV no duda en la calificación como crímenes de lesa humanidad a las graves violaciones de Derechos Humanos realizadas durante la Dictadura Militar por quienes tienen la obligación de respetarlos y garantizarlos. En este sentido son particularmente claras y taxativas las conclusiones 2 y 3 de su Informe (CNV, 2014).

¹⁵ La consideración de la tortura y asesinato de Herzog como crimen de lesa humanidad no puede rechazarse acudiendo a las cifras del genocidio de Ruanda en 1994 o a las cifras de la violencia en el Brasil actual. Eso es reescribir no ya la historia sino el concepto de crimen de lesa humanidad, y hay que presumir que el juez no ha leído ni la sentencia de la Corte IDH, ni el Estatuto de Roma, ni las páginas que dedica al tema el Informe de la CNV.

¹⁶ Esta estructura para la represión hay que unirla al éxito de la “Operación Bandeirantes” (OBAN). El DOI-CODI de São Paulo, de 1970 a 1974, estuvo dirigido por el mayor Carlos Alberto Brilhante Ulstra, un reconocido torturador. En el momento de la muerte de Herzog, el máximo responsable era uno de los denunciados, el teniente coronel Audir Santos Maciel.

¹⁷ Piovesan (2018, p. 690), con acierto, vincula el sistema europeo a la triada, Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia, mientras que el proceso de internacionalización latinoamericano se inicia en un momento histórico en el que abundaban los regímenes políticos dictatoriales o autoritarios, en los que no están presente la mencionada triada.

¹⁸ Supuestos como este hacen que pueda cuestionarse el que, como en el caso brasileño, la Corte Suprema sea también Corte Constitucional. Parece más adecuado propugnar una estructura orgánica en la que la Corte Constitucional sea un órgano legitimado para garantizar el cumplimiento de la Constitución por todos los poderes del Estado, que pueda por tanto controlar también la adecuación a la Constitución de las decisiones del poder judicial. Lo que en la regulación actual no se produce al tener la Corte Suprema esa doble condición de última instancia del poder judicial y de garante de la Constitución.

¹⁹ La posición de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad arranca del voto concurrente de García Ramírez en el caso *Myrna Marc Chang versus Guatemala*, de 23 de noviembre de 2003. La idea central sobre la que basa su razonamiento consiste en que una vez que los representantes de un Estado asumen obligaciones en su nombre no puede hacerse depender el cumplimiento de lo ya acordado del pronunciamiento de un órgano judicial interno (Ferrer Mac-Gregor, s.d.).

²⁰ Es obligado recordar el contenido del Informe que en su día emitió el Procurador General de la República sobre la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH de 2010 del caso *Gomes Lund*, que entre otras cosas afirmaba que el no hacerlo suponía “*flagrante descumprimento dos compromissos internacionais do país e do mandado constitucional de aceitação da jurisdição do tribunal internacional*” (MPF, 2014).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abrão, P. (2011). A Lei de Anistia no Brasil. As alternativas para a verdade e a justiça. *Acervo. Revista do Arquivo Nacional*, 24(1), 119-138.
- Abrão, P., & Torelly, M. (2012). Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. *Revista de Anistia política e justiça de transição*, nº 7. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33105.pdf]. Consultado [10-08-2020].
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). La Fiscalía y la justicia transicional en Brasil. Algo más que la recensión a un Informe. *Revista de Estudios Brasileños*, 4(8), 62-78.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017a). *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2019). El caso Herzog. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos. De 15 de marzo de 2018. *Revista de Estudios Brasileños*, 6(13), 17-34.
- Bonavides de Andrade (1991). *Historia constitucional do Brasil* (3ª Ed.). Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Cançado Trindade, A. A. (2018). La misión de los tribunales internacionales contemporáneos en la humanización del derecho internacional. In *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Inauguración del Año Judicial Interamericano* (pp. 34-51). San José: Corte IDH. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/apertura/aj_2018.pdf]. Consultado [10-08-2020].
- Cataldo de Souza Tilio dos Santos, A. (2017). Um novo efeito "bumerangue". O caso Vladimir Herzog e o sistema interamericano de direitos humanos. *Lex Humana*, 9(1), 1-25.
- Coelho Zilli, M. A. (2012). El régimen militar y la justicia de transición en Brasil: ¿hacia dónde dirigirse? *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 7, 197-234.
- Comissão Nacional da Verdade (2014). *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV. Recuperado de [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/]. Consultado [18-11-2015].
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Brasília, Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm]. Consultado [04-06-20].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001*. (Fondo). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf]. Consultado [27-09-2018].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf]. Consultado [27-09-2018].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Caso Herzog y otros versus Brasil. Sentencia de 15 de marzo de 2018* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf]. Consultado [30-03-2018].
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Recuperado de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf]. Consultado [10-08-2020].
- Ferrer Mac-Gregor, E. (s.d). El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf]. Consultado [10-08-2020].
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional* (4ª Ed.). Madrid: Civitas.
- Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979* (1979). Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm]. Consultado [09-10-2016].
- Lora Alarcón, P. J. (2019). El caso Herzog, la amnistía de 1979 y las dificultades de la justicia transicional en Brasil. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 41, 513-538.
- Mariana, J. (1981). *La dignidad real y la educación ley del rey*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ministério Público Federal (2014). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 320/DF*. Recuperado de [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&tipoApp=.pdf]. Consultado [04-06-2020].
- Ministério Público Federal (2017). *Crimes da ditadura militar. Série relatórios de atuação*. Recuperado de [http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf]. Consultado [04-06-2020].
- Ministério Público Federal (2020). *Ação Penal de Competência do Júri (282) nº 5001469-57.2020.4.03.6181*. 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Recuperado de [https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-seis-acusados-participacao.pdf]. Consultado [04-06-2020].
- Ministério Público Federal (2020a). *Autos nº 1.00.000.006557.2016-74, de Procedimento Investigatório Criminal*. Recuperado de [http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/denuncia-herzog]. Consultado [04-06-2020].

Moreira da Silva Filho, J. C. (2010). *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira*. Recuperado de [<https://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>]. Consultado [10-08-2020].

Mota, C. G., & López, A. (2009). *Historia de Brasil. Una interpretación*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Nilin Gonçalves, D (2009). Os múltiplos sentidos da anistia. *Revista Anistia política e justiça de transição*, nº 1, 272-295.

Piovesan, F. (2018). *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

Radbruch, H., Schmidt, G., & Welzel, E. (1971). *Derecho injusto Derecho nulo*. Madrid: Aguilar.

Sands, P. (2017). *Calle Este-Oeste*. Barcelona: Anagrama.

Supremo Tribunal Federal (2010). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153*. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf153.pdf>]. Consultado [18-11-2015].

Vitoria, F. de. (2007). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Estudio preliminar* (2ª Ed.). Madrid: Tecnos.