



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

JUSTICIA DE TRANSICIÓN: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPUESTA PENAL DE LOS CASOS DE BRASIL Y CHILE

OLIVIA ZELAYA ELY

PROFESOR GUÍA:
FABIOLA GIRÃO MONTECONRADO

Valparaíso, Chile
2015

ÍNDICE

Tabla de abreviaturas	3
Introducción	4
CAPÍTULO I: JUSTICIA DE TRANSICIÓN	7
1. Origen y concepto.....	7
2. Protagonismo de las víctimas en el contexto de la Justicia de Transición	10
2.1. Derecho a la Verdad	11
2.2. Derecho a la Memoria	12
3. Los Mecanismos de respuesta en el contexto de la Justicia de Transición	13
3.1. Indemnización.....	14
3.2. Reparación	15
3.2.1. Comisión de la Verdad y Reconciliación en Chile.....	16
3.2.2. Comisión Nacional de la Verdad en Brasil	20
3.2.3. Reflexiones conclusivas y comparativas de ambas Comisiones	23
3.3. Condena	24
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS CASOS DE BRASIL Y DE CHILE	25
1. Caso de Brasil	25
1.1. Examen histórico: breve aproximación	25
1.2. Enfoque de la Ley de Amnistía	27
1.3. Respuesta penal a la justicia de transición	29
1.3.1. Antecedentes.....	29
1.3.2. Intento de medidas judiciales	30
2. Caso de Chile.....	32
2.1. Examen histórico: breve aproximación	32
2.2. Enfoque de la Ley de Amnistía	33
2.3. Respuesta penal a la justicia de transición	34
3. Análisis comparativo de los casos de Brasil y de Chile	37

CAPÍTULO III: LA PROBLEMÁTICA GENERADA A PARTIR DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	43
1. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado de Brasil y al Estado de Chile	43
1.1. Caso Gomes Lund y otros (<i>Guerilha de Araguaia</i>) vs. Brasil	44
1.2. Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile	45
2. Análisis de los principales aspectos problemáticos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	47
2.1. El problema de la (in) validez de las Leyes de Amnistía	47
2.1.1. Clasificación de las Leyes de Amnistía.....	48
2.1.2. Problemática generada a partir de la Ley de Amnistía	49
2.2. El problema de la retroactividad de la Ley Penal.....	53
2.3. El problema de la imprecisión de los delitos de lesa humanidad en los contextos de las dictaduras de Brasil y de Chile	54
3. Reflexiones sobre las decisiones de la CIDH	56
Conclusiones	57
Bibliografía	60

TABLA DE ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cit.	Citado con anterioridad
DL	Decreto Ley
Inc., incs.	inciso, incisos
Nº	número
OAB	Orden de Abogados de Brasil
P., pp.	Página, páginas
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La teoría de la justicia de transición es un concepto que no tiene más de veinte años en el Derecho Penal Internacional, y que ha tomado mayor fuerza en los últimos tiempos básicamente por las consecuencias que provoca, tanto en la persecución penal de los que han perpetrado los crímenes contra la humanidad, como en las derivaciones que induce la aplicación de la Ley de Amnistía.

En este sentido, las dictaduras en América Latina estuvieron marcadas por graves crímenes, torturas, secuestros, asesinatos y en definitiva por violaciones a los derechos humanos, los que hoy se consideran crímenes de lesa humanidad. Los responsables de éstos no siempre fueron juzgados o perseguidos penalmente, ya que si revisamos la historia nos encontramos con la dictación y aplicación de la Ley de Amnistía por parte de los líderes de la época, otorgando así un perdón generalizado.

Desde esta perspectiva es que este trabajo se basará en un análisis comparativo de la respuesta penal de dos países latinoamericanos que se encuentran marcados por una época dictatorial: Brasil y Chile.

En el primer capítulo abarcaremos el origen de la justicia de transición y esbozaremos algunos conceptos fundamentales que se han desarrollado en distintos ámbitos del derecho. Luego nos referiremos al protagonismo que han tomado las víctimas, mediante los derechos que les asisten, para lo que desglosaremos la idea del derecho a la verdad y el derecho a la memoria, presentes en los pilares de justicia de transición.

Para finalizar este capítulo abordaremos los mecanismos de respuesta en el contexto de la Justicia de Transición, tanto para las víctimas como para sus familiares. En este punto los dividiremos en mecanismos de reparación, de indemnización, y por último el de condena, el cual abordaremos en el segundo capítulo, enfocándonos siempre en los países objeto de este trabajo.

Es menester dejar claro que la justicia de transición posee un vasto campo de tópicos y conocimientos, sin embargo, se han tomado las siguientes temáticas por parecernos de mayor importancia, ya que el concepto amplio de justicia aplicable a la Justicia de Transición exige una aproximación más sofisticada. Por un lado, debemos entender qué es y qué derechos le asisten, los que van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad, el derecho a la memoria y el de reparación. Así pretendemos observar cómo se materializan dichos derechos a través de las medidas o mecanismos de reparación utilizados por la Justicia de Transición, y en particular desarrollaremos las Comisiones de Verdad tanto de Brasil como de Chile.

Una vez abordada de manera general la justicia de transición en el primer capítulo, nos adentraremos en el segundo capítulo para desarrollar cada uno de los casos objeto de nuestro trabajo, a saber, el de Brasil y de Chile. Para comenzar ubicaremos al lector en el período histórico en que se dieron las dictaduras militares en dichos países, por lo que expondremos una breve aproximación histórica de cada uno. Posteriormente nos

introduciremos en la Ley de Amnistía de cada país, desarrollando brevemente cada una e incluyendo sus artículos principales. Una vez aclarado esto, trabajaremos cada una de las respuestas penales, enfocándonos en los enjuiciamientos que tuvieron mayor repercusión. Para analizar los tres tópicos señalados trabajaremos primero completamente el caso de Brasil, y luego el caso de Chile.

Para culminar este capítulo realizaremos un análisis comparativo de los casos en estudio, del cual obtendremos conclusiones preliminares y comprenderemos las diferencias que han surgido en ambos países, enfocándonos principalmente en los enjuiciamientos y las medidas que se han llevado a cabo en contra de los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos sistemáticamente en la época dictatorial. De esta forma podremos distinguir en cada uno de los países si realmente ha existido o no una efectiva persecución penal.

Como consecuencia de esto último es que en el capítulo tercero desarrollaremos los pronunciamientos emblemáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas adoptadas por los Estados de Chile y de Brasil. Para lo anterior utilizaremos el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile y el caso Gomes Lund (*Guerilha de Araguaia*) y otros vs. Brasil, respectivamente. En estos casos la Corte condena a ambos países por la manera en que se han llevado a cabo las medidas transicionales que resguardan la protección de los derechos humanos. Procuraremos enfocarnos en tres puntos que hemos considerado importantes y de los cuales han surgido mayores problemas, tales como el problema de la (in)validez de las Leyes de Amnistía, el problema de la retroactividad de la ley penal y el problema de la imprecisión de los delitos de lesa humanidad en los contextos de las dictaduras.

En el caso de la Ley de Amnistía señalaremos un concepto pertinente, distinguiremos entre los distintos tipos de Leyes de Amnistía que ha desarrollado la doctrina y apuntaremos básicamente a la problemática que ha generado tal institución para la consecución de los agentes del Estado responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Es menester apuntar que encontraremos diferencias entre el caso de Brasil y de Chile, en lo que intentaremos verificar que la Ley de Amnistía ha sido una de las mayores trabas en el caso brasileño para la persecución criminal y la obtención de justicia en el país.

En definitiva este trabajo denominado: “Justicia de transición: Análisis comparativo de la respuesta penal de los casos de Brasil y de Chile”, intentará identificar la respuestas penales que han tenido los países en comento, lo que nos llevará a preguntarnos: ¿Deben los Estados castigar a los responsables? o ¿Deben olvidar tales abusos para favorecer la reconciliación? Las respuestas a estas interrogantes dependen de diversos factores que se articulan de distintas formas en cada caso histórico, de lo cual podemos además preguntarnos: ¿Cuál es la importancia de la Ley de Amnistía en la justicia transicional de cada uno de los países en estudio? ¿Cuál ha sido el rol de las Comisiones de Verdad y Reparación en cada uno de los casos? ¿Existen diferencias entre tales Comisiones? ¿Existe realmente una respuesta penal en el caso de Chile? ¿Por qué en el caso brasileño la respuesta penal es nula?. Las interrogantes que se presentan en la justicia de transición son bastantes y sobre aquellas discurrirá el presente trabajo.

Por último, es importante señalar que la mayoría de la bibliografía utilizada en el caso de Brasil se encuentra en su idioma de origen, es decir, el portugués. Por esta razón todo el material utilizado será traducido por la autora de este trabajo al español, y por consiguiente se ha decidido no transcribir cada una de las citas en su idioma original, para que no se transforme esta memoria en un trabajo demasiado exhaustivo para el lector.

CAPÍTULO I.- JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Justicia de transición es un nuevo concepto en la época moderna, que nace a la luz de sociedades en transición, sea luego de un conflicto o durante el curso de éste. De esta forma, comprende el completo ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación¹. En otras palabras, trata sobre las formas en que se puede afrontar la herencia de violaciones de derechos humanos e iniciar un camino hacia un futuro de verdad, justicia y reconciliación auténtica.

En este sentido, este capítulo apunta a los principales tópicos de la justicia de transición, los cuales servirán de base para comprender los casos puntuales que serán abordados en este trabajo, que son los casos de Brasil y Chile.

1. Origen y concepto

La justicia de transición es un concepto relativamente moderno, que ha sido practicado hace varios años sin ser llamada precisamente así. Los primeros indicios de la utilización de dicha concepción se presentan en Alemania con la creación del Tribunal de Núremberg. Desde entonces se han desarrollado y perfeccionado diversos mecanismos para combatir con la herencia dejada por los regímenes autoritarios y totalitarios, a partir de este momento podemos distinguir tres fases de la justicia de transición.

Comienza a tomar fuerza en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, después de 1945, sin embargo, su desarrollo no fue mayor porque la Guerra Fría terminó el internacionalismo de esta fase. También podemos distinguir una segunda fase, que se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y la modernización, que se origina básicamente por la decadencia y finalmente el colapso del Imperio Soviético. Esto último provocó una liberalización que desencadenó el comienzo de las transiciones en Sudamérica a finales de los años setenta y comienzos de los años ochenta, del cual emerge la tercera fase de la justicia de transición. Esta tercera fase está asociada con la globalización y tipificada por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política, convirtiéndose así en un paradigma del Estado de derecho.

Si observamos en las bases de datos de periódicos internacionales, reportes legales y revistas de ciencias sociales, encontramos que la primera aparición del término en estudio es en el artículo de *Boston Herald* sobre la *Charter 77 Foundation* de la conferencia en Salzburgo de 1992, denominado “*Justice in Times of Transition*”².

Por lo anterior, el concepto ha tomado importancia en distintos ámbitos del derecho, lo que ha llevado a que muchos autores al realizar sus trabajos se esfuercen en esbozar una

¹ AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición* (Bogotá, Temis S.A., 2008), p. 7.

² ARTHUR, Paige, *Cómo las “transiciones” reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional*, en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 82.

definición de esta institución. En el ámbito del Derecho Penal Internacional encontramos una concepción amplia, entendiendo que la expresión justicia de transición “hace referencia a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz”³.

Una segunda definición la desprendemos de los pronunciamientos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las obligaciones legales de un Estado después de un período de graves violaciones de los derechos humanos. En este sentido “la justicia transicional implica enjuiciar a los perpetrados, revelar la verdad acerca de los crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación”⁴. De lo anterior podemos desglosar que los elementos del concepto son: el enjuiciamiento, la búsqueda de la verdad, la reparación, las reformas institucionales y la reconciliación.

Por último observamos que para el constitucionalismo es central el concepto de justicia de transición, entendiendo por tal “las medidas adoptadas al fin de un régimen autoritario o de una guerra, para así enfrentar las violaciones a los derechos humanos del pasado, fundándose en la presunción de que un Estado democrático de derecho no puede ser construido sobre la impunidad de crímenes practicados contra la humanidad”⁵. Lo anterior acarrea un conflicto entre el orden interno de un país y el orden internacional, porque los imperativos jurídicos internacionales buscan de alguna u otra forma el castigo de los responsables por los crímenes cometidos contra los derechos humanos, mientras que en el orden interno afloran intereses distintos, debido básicamente a la necesidad de lograr negociaciones exitosas que superen el conflicto.

Si atomizamos la expresión objeto de nuestro estudio, encontramos en primer lugar que el concepto de justicia en la teoría de la justicia de transición debe ser analizado desde una perspectiva amplia, estudiando por esto distintos factores, incluso algunos opuestos entre sí. Es necesario considerar tanto los derechos de los acusados como los intereses de las víctimas, y en general observar el bienestar de la sociedad a largo plazo, aspirando siempre a la paz. Es tal su amplitud, que la justicia puede incluso llegar a ser una justicia de excepción, transformando un Estado en conflicto en uno mejor⁶.

En segundo lugar encontramos el concepto de *t r a n s i c i ó n*, que en palabras de Guillermo O’DONNELL⁷ “consiste en el intervalo entre un régimen político y otro. Las transiciones se delimitan, de un lado, por el inicio del proceso de disolución de un régimen autoritario, y por el otro lado por la investidura de alguna forma de democracia, por el

³ UPRIMNY, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición?* (Bogotá, 2006), p. 13.

⁴ VAN ZYL, Paul, *Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto*, en REÁTEGUI, Félix, (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasília, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 47.

⁵ TORELLY, Marcelo D., *Justiça de transição e Estado constitucional de direito. Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro* (Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012), p.18.

⁶ AMBOS, Kai, *cit.* (n. 1), pp. 10-13.

⁷ O’ DONNELL, Guillermo, *cit.* por QUINALHA, Renan Honório, *Justiça de transição: contornos do conceito* (São Paulo, Dobra Universitaria, 2013), p.40.

retorno de algún tipo de régimen autoritario o por la emergencia de un régimen revolucionario”.

Pues bien, delimitada la expresión en comento a través de su definición, corresponde señalar los objetivos que persigue, los cuales pueden ser llevados a cabo mediante mecanismos judiciales y/o políticos. Estos objetivos son esencialmente instaurar o fortalecer un Estado de derecho⁸, abordar e intentar sanar las heridas que surgen en la sociedad como resultado de las violaciones a los derechos humanos y avanzar en los procesos de reconciliación, garantizando así los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación integral de las víctimas y de la sociedad. Además se busca reducir la impunidad, proveer de justicia a las víctimas y por sobre todo responsabilizar a los culpables, para lograr una convivencia y paz perdurable. Sin embargo, y en el caso que “el régimen o los sectores sociales o políticos que han estado involucrados en las violaciones de los derechos humanos conservan una amplia cuota del poder político o militar, entonces la elaboración del conflicto a través del derecho penal será problemática o incluso imposible; en estos casos el precio de la paz será a menudo la renuncia a la persecución penal”⁹.

A partir de todo lo anterior, podemos concluir que existen diversos procesos transicionales. En este punto observaremos los distintos modelos según el contenido de la fórmula de transición adoptada, de acuerdo a lo cual Rodrigo UPRIMNY¹⁰ distingue entre cuatro tipos. Un primer tipo son los denominados perdones “amnésicos”, en los que prevalecen amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas, facilitando de esta forma las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido.

Un segundo proceso transicional son aquellos llamados perdones “compensadores”, en los que prevalecen las amnistías generales, acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas. La lógica subyacente en estas justicias de transición, como ocurre en el caso de Chile, es compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas.

Un tercer proceso lo contribuyen los perdones “responsabilizantes”, en los que se destaca el establecimiento de una Comisión de la Verdad, la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones, y el otorgamiento de perdones individuales y condicionados para algunos crímenes.

Por último, destacan las transiciones punitivas, basadas en el establecimiento de tribunales *ad hoc* para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa

⁸ Ezequiel Malarino entiende que para construir un Estado de derecho, es necesario que el primer objetivo de un proceso de transición sea la consecución de una situación de paz mínima, para luego, a partir de allí, buscar la reconciliación social y lograr de ese modo que esa paz en principio precaria se vuelva duradera. MALARINO, Ezequiel, *Derechos humanos y derecho penal. Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2012), p. 294.

⁹ *Ibíd.*, p. 286.

¹⁰ UPRIMNY, Rodrigo, cit. (n. 3) pp. 23-25.

humanidad, y de esta forma erigir un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos.

Podemos observar entonces que no existe una fórmula única seguida por la justicia de transición, sino que ésta se adaptará y conformará de acuerdo a ciertos padrones básicos que tomarán características propias dependiendo de factores pertenecientes y correspondientes a cada comunidad. Dentro de estos modelos observamos, además el papel que juegan las víctimas de los delitos de lesa humanidad, por lo que pasaremos a analizar el protagonismo de ellas en el contexto de la Justicia Transicional.

2. Protagonismo de las víctimas en el contexto de la Justicia de Transición

Uno de los pilares fundamentales de la justicia de transición es el derecho de las víctimas, y en este sentido se entiende que la justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el término víctima denomina “a la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte”¹¹, pero el término ha sufrido cambios a través de los pronunciamientos emitidos por la Corte. El daño producido en la comisión de los graves crímenes contra los derechos fundamentales acarreó no sólo un daño a la integridad física y psíquica de las víctimas directas, sino que más bien podemos sostener que la magnitud de tal daño ocasionado no es posible someterlo a ningún tipo de parámetro o medición. En este sentido, la Corte ha señalado que entre sus principales inquietudes y preocupaciones en materia internacional se encuentra la protección a las víctimas y la reparación del daño causado. Por lo anterior, el concepto de víctima se ha extendido a los familiares de éstas en casos de violación al derecho a la vida o integridad personal¹².

Sin embargo, las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia, sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico¹³.

En otras palabras, las víctimas tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación¹⁴. Dentro de este último punto se encuentra la restitución plena, la compensación a las víctimas, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. En este sentido se comprende el derecho a la verdad, en cuanto a arrojar luz sobre los hechos que durante largos años fueron objeto de franca negación o minimización deliberada por el aparato estatal; reparar, en el sentido de conceder una compensación moral y económica a

¹¹ Disposiciones Preliminares, Artículo 2. Definiciones, puntos 31 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos12.htm>>. Acceso en 12.07.2015.

¹² GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*, en *Revista Chilena de Derecho*. 34 (2007), 3, p. 440.

¹³ AMBOS, Kai, *cit.* (n.1) p.39.

¹⁴ Estos principios se derivan de la tipificación desarrollada por Joinet, 1997, en el Informe Final acerca de la cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos).

víctimas que habían quedado en el anonimato oficial, como también a sus deudos, por los estragos de toda índole que sufrieron en sus existencias; justicia, por modo de perseguir criminal y civilmente las responsabilidades del caso¹⁵.

En esta misma línea, encontramos algunos autores que señalan que el derecho a la memoria, a la verdad y reparación se vienen conjugando, en términos de justicia, precisamente con la maduración y robustecimiento del sistema regional de protección de los derechos humanos encarnado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

Es por lo anterior que se hace interesante dentro de los derechos a la víctimas realizar un distingo entre el derecho a la verdad y el derecho a la memoria, los cuales en un sin número de oportunidades han sido confundidos, e incluso algunos autores los agrupan bajo la misma denominación.

2.1. Derecho a la verdad

El derecho a la verdad consiste en la obligación del Estado de investigar y de dar información a las víctimas, a sus familiares y a toda la sociedad sobre las circunstancias relativas a violaciones a los derechos humanos¹⁷. Este derecho debe ser entendido desde dos perspectivas distintas, apuntando básicamente a quién o quiénes han sido afectados. De esta forma se presenta un derecho a la verdad individual, que se enfoca precisamente en cada víctima, y un derecho a la verdad colectivo, basado en toda la sociedad. Así, al individuo le interesa saber qué sucedió en el pasado, y espera de alguna u otra forma hacer valer sus derechos y obtener una reparación a su favor, la que puede ser simbólica o material.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido el derecho a la verdad como “un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía”¹⁸.

Para lograr estos objetivos, es sumamente necesaria una investigación eficaz y real con el fin de que las circunstancias de graves violaciones de derechos humanos ocurridas puedan ser esclarecidas y conocidas, tanto por las víctimas como por sus familiares. Un

¹⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Informes Nacionales: Chile*. en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit), *Justicia de Transición Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2009), p. 204.

¹⁶ REÁTEGUI, Félix, *Introducción*. en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 520.

¹⁷ GONZÁLEZ- FUENTES, Rodrigo, *Los derechos de la víctima como límite a las medidas adoptadas en el marco de la Justicia Transicional: en especial el caso de la amnistía chilena*, en MOREIRA DA SILVA, José Carlos (edit.), *Justiça de transição no Brasil: violência, justiça e segurança* (Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012), p.20.

¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Iganico Ellacuría y otros, Informe n° 136/99 del 22 de diciembre de 1999.

mecanismo a llevar a cabo para hacer valer el derecho a la verdad, es la creación de comisiones de la verdad, sin que esto signifique cerrar la vía a los procesos judiciales. Respecto a esto, se ha entendido que la labor que llevan a cabo las comisiones de la verdad es de mayor profundidad, y por tanto arrojan mayores resultados que la labor de investigación que puede realizar un juez en un proceso judicial. Tanto es así, que en su propio nombre se plasma el derecho a la verdad.

Si observamos el caso de Chile con la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, desprendemos de sus propios informes que se dedicaron a investigar caso a caso, individualizando de esta forma a cada una de las víctimas de los sanguinarios crímenes, señalando así su edad, oficio o profesión, lugar y forma de detención. En conclusión, la labor realizada por los miembros de la Comisión apuntaba precisamente a tener certeza y seguridad de quiénes, de cómo y de cuándo se habían perpetrados dichos crímenes, ya que la única forma de lograr justicia y reparación es precisamente a través de la obtención de la verdad de lo ocurrido.

En la práctica, la obtención de la verdad y la coronación de este derecho no ha sido del todo fácil, ya que dentro de la teoría de la justicia de transición encontramos también la figura de las leyes de amnistía, las cuales muchas veces significan un perdón generalizado dentro de los países, provocando que las sociedades no tengan acceso a toda la información necesaria, a los documentos y a los datos que podían aflorar de las investigaciones. En este sentido, y en palabras de Kai AMBOS¹⁹ las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la v e r d a d y recibir por tanto la reparación correspondiente.

2.2. Derecho a la Memoria

Ahora bien, y por otra parte, el derecho a la memoria en nuestro entender se manifiesta a través de la necesidad de recordar los hechos gravosos ocurridos en una época anterior mediante gestos, hechos y políticas que aporten una dimensión cultural y simbólica en la representación cívica del pasado ausente²⁰.

El derecho a la memoria también es una alerta a la prioridad ética que debe ser dada a los testimonios de las víctimas, pues es a través de su memoria, aunque sea representada en el silencio y en el dolor, que la sociedad podrá conocer de mejor manera la dimensión de las violaciones practicadas²¹. Si no existen espacios y medios para que las víctimas puedan dar sus testimonios, se hace sumamente difícil la aplicación del derecho a la memoria.

Asimismo, este derecho se relaciona íntimamente con el derecho penal, el que es invocado repetidamente para proteger la memoria, es decir, se destaca la importancia del proceso penal como lugar para afirmar una verdad contra el revisionismo histórico. Lo anterior puede traer aparejado que el juez se transforme en un juez de la historia o un juez

¹⁹ AMBOS, Kai, cit. (n. 1) p. 90.

²⁰ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, *Justiça de transição da ditadura civil – militar ao debate justransicional* (Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015), p. 51.

²¹ *Ibíd.* p. 52.

historiador, así en palabras de Emanuela FRONZA²²: “Se destaca la importancia de la pena como instrumento para luchar indirectamente contra actividades encaminadas a la manipulación instrumental del pasado o a la ofuscación de la memoria de hechos y eventos dramáticos”. Por su parte, la vigencia de la ley de amnistía es una obstrucción fuerte y predominante al derecho a la memoria, de la misma forma que lo es para el derecho a la verdad, ya que si no conocemos la verdad es sumamente dificultoso hacer valer la memoria de todos aquellos que sufrieron un atentado contra su vida. En el caso brasileño, la Ley de Amnistía de 1979, que será desarrollada más adelante en este trabajo, provocó un silencio temeroso en la sociedad, fundamentalmente porque las noticias sobre asesinatos, secuestros, torturas, ilegalidades y barbaries no obtuvieron espacio en la agenda pública y mediática de la época. La mayor consecuencia de este olvido generalizado fue la impunidad de los agentes públicos que violaron los derechos fundamentales de las víctimas torturando, matando e incluso ocultando los restos mortales.

Un ejemplo de la materialización del derecho a la memoria es la construcción de museos que perpetúen en la conciencia colectiva a las víctimas de los graves crímenes. En este sentido, si observamos el caso de los países en estudio, advertimos que en el caso chileno se inauguró el 11 de enero del 2010 el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Santiago, dedicado a conmemorar y recordar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos durante la época dictatorial. Por el contrario, en el caso brasileño no encontramos una figura similar en magnitud e importancia. No obstante, se presentan algunos actos de recordación, como por ejemplo la construcción del Memorial de Amnistía en Bello Horizonte y la construcción de una estatua de un prisionero político en un *pau de arara*²³ en Recife.

Identificados a grandes rasgos los derechos que les asisten a las víctimas en el contexto de la justicia transicional, pasaremos a analizar un último punto dentro de este capítulo, que a nuestro juicio es de vital importancia para lograr obtener una noción general de la Justicia de Transición, para así lograr entender en el capítulo segundo cada uno de los casos concretos objeto de este trabajo.

3. Los Mecanismos de respuesta en el contexto de la Justicia de Transición

Existen diversos mecanismos utilizados en el ámbito de la Justicia de Transición para obtener una respuesta al daño provocado por los responsables de los crímenes de lesa humanidad. En este sentido podemos ordenar dichas medidas en tres grupos: en primer lugar distinguimos un mecanismo indemnizatorio, en segundo lugar un mecanismo de reparación, y por último un mecanismo condenatorio.

²² FRONZA, Emanuela, “¿El delito de Negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, (2011), p.101.

²³ Conocido en Chile como Pihuelo, consiste en atar juntos los pies y las manos del detenido y colgarlo de un tronco con las pantorrillas fuertemente atadas alrededor del mismo. Se invierte entonces la posición del detenido y se le aplican corrientes eléctricas o la llama de un soplete en los genitales, boca, cabeza, etc., golpeándole todas las partes del cuerpo.

Asimismo existen otros mecanismos de justicia alternativos, los cuales según Kai AMBOS²⁴ pueden ser organizados en cuatro grupos. En primer lugar encontramos la restitución, la reparación/compensación, la rehabilitación y la no repetición, los cuales están dirigidos fundamentalmente a las víctimas. En segundo lugar se presenta la lustración, descalificación y purgas, los cuales son procedimientos administrativos y de investigación de antecedentes. A su vez hallamos el desarme y la desmovilización, que constituyen un proceso colectivo dirigido a la reintegración de los antiguos grupos armados en la nueva sociedad y finalmente encontramos formas de justicia tradicional que no se presentan en los sistemas occidentales, tales como los Gacaca en Ruanda, el Ubuntu en Sudáfrica y los ritos de reconciliación de los Acholi en Uganda.

Es importante comprender que todas las medidas mencionadas no son alternativas unas de otras, pero sí pueden actuar de manera autónoma. Corolario de todo lo anterior, se hace necesario entenderlas y ejecutarlas de manera conjunta para enfrentar el conflicto y lograr un fortalecimiento de la justicia transicional de cada Estado. Estas obligaciones deben ser asumidas y cumplidas por los Estados de acuerdo con sus mejores posibilidades.

Siguiendo nuestra clasificación, explicaremos brevemente cada uno de los puntos señalados con anterioridad, es decir: la indemnización, reparación y condena.

3.1. Indemnización

Encontramos mecanismos que resultan de acuerdos políticos y sociales, que apuntan a la reparación de las víctimas y familiares a través de indemnizaciones. Dentro de estos también se presentan las peticiones públicas de perdón, recuperación moral, definición de fechas de conmemoración, entre otras.

La indemnización viene a ser una dimensión sustantiva que debe traducirse en la obligación de reparar el daño sufrido, sin perjuicio de que frecuentemente se reconoce que estos daños son irreparables y que lo que se pretende, de alguna forma, es meramente atenuar los efectos devastadores de las violaciones²⁵. La indemnización puede ser tanto para las víctimas directas como para los familiares de ellas.

En este sentido, y así lo han establecido las Naciones Unidas que la indemnización es importante, pero si se quiere que las reparaciones sean consideradas como una medida de

²⁴ AMBOS, Kai, cit. (n. 1), pp.70-75.

²⁵ De esta manera, y según Cristián Correa, esto se traduciría en una reparación en dinero, la que a su vez puede ser una suma de dinero única, la que puede ser pagada en una o varias cuotas, y vendría a ser el valor que se asigna a la pérdida sufrida por la víctima. Estas mismas pueden ser calculadas en función del perjuicio material directo, el daño emergente y el lucro cesante (estimado sobre la base los ingresos de la víctima y su expectativa de vida, en el caso de muerte o desaparición, o del período de privación de libertad). Por otra parte, encontramos las pensiones, que vienen a ofrecer la oportunidad de demostrar a la víctima que el Estado se compromete a velar por su bienestar y subsistencia de por vida. CORREA, Cristián, *El Programa de reparación para violaciones masivas de Derechos Humanos: Lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú*. en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011). pp. 457-463.

justicia, ello solo se logrará si se conciben como parte de una política de justicia y no de manera aislada. El problema se dará cuando ésta sea la única forma de reparación existente, sin utilizar algún otro mecanismo, ya que de alguna u otra forma esto podría dar la impresión de ser un soborno para acallar a las víctimas²⁶.

3.2. Reparación

La persecución penal no lleva *per se* a una reconciliación y a un perdón por parte de las víctimas que han visto afectados sus derechos, por lo tanto es necesario servirse además de mecanismos de verdad y reparación para obtener el resultado esperado, lo que no quiere decir que no se lleven a cabo juicios penales, pero sí pueden utilizarse de manera paralela a dichos procesos.

Dentro de las medidas de reparación apuntaremos a las Comisiones de Verdad, entendiendo el concepto de reparación desde este punto de vista, es decir, el rol que juegan las Comisiones de Verdad en la reparación de las víctimas a través de la búsqueda de verdad y memoria. Además dichas Comisiones se pueden subsumir dentro de otra clasificación, a saber, las medidas judiciales o las medidas que surgen de acuerdos políticos y administrativos. En este sentido, dependerá de las facultades o competencias que les hayan sido reconocidas a las Comisiones de Verdad y Reconciliación por cada Estado.

La alternativa más importante a una persecución penal (pura) es el establecimiento de una Comisión de la Verdad y Reconciliación. Según una definición de autoridad, las Comisiones de la Verdad y Reconciliación son órganos oficiales, temporales y de comprobación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones²⁷.

De igual importancia, y como forma de prevención, se plantea la posibilidad de realizar reformas al Poder Judicial y a las instituciones de seguridad pública, en lo que las comisiones pueden jugar un papel importante, ya que al emitir su informe final éstas pueden realizar recomendaciones respecto a las medidas legales, administrativas e institucionales, todo con el objeto de evitar que vuelvan a ocurrir los graves crímenes cometidos por los gobiernos dictatoriales.

A continuación nos concentraremos en el estudio de las Comisiones de la Verdad y Reconciliación, debido a las características propias que se presentan en los casos de Chile y Brasil.

Cabe mencionar que en general estas Comisiones deben gozar de un régimen de garantías, en el que se incluyen las garantías de independencia e imparcialidad; una clara

²⁶ NACIONES UNIDAS, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programa de reparaciones* (Nueva York y Ginebra, 2008), p. 13. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>>. Acceso en: 22.08.2015.

²⁷ AMBOS, Kai, cit. (n.1), pp. 53-54.

delimitación del mandato, excluyendo expresamente que las comisiones tengan como finalidad substituir a la justicia; la voluntariedad de las declaraciones y la protección y asistencia a las personas que presten testimonios, y la publicidad que debe realizarse de sus informes.

3.2.1 Comisión de la Verdad y Reconciliación en Chile

La Comisión de la Verdad y Reconciliación se instauró en Chile en 1990, durante el gobierno del primer Presidente electo democráticamente luego del término de la dictadura, Don Patricio Aylwin Azocar, a través del Decreto Supremo N° 355. Después de un año de trabajo ya contaba con un informe final en el que se detallaban las denuncias a las violaciones de los derechos humanos acaecidas durante el Régimen Militar de Augusto Pinochet, que se desarrolló entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990.

El principal objetivo de la Comisión, y que podemos desprender de sus propios informes²⁸, era contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones cometidas, sea en el país o en el extranjero, sí éstas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos.

En este sentido es importante saber que la Comisión calificó como víctimas básicamente a quienes fueron sometidos a: desaparición forzada, esto es, desaparición luego de su detención; ejecución en cualquiera de sus formas; uso indebido de la fuerza con resultado de muerte; abuso de poder, con resultado de muerte, si el Estado ha condonado el hecho o facilitado su impunidad; tortura con resultado de muerte; atentado contra la vida con resultado de muerte cometidos por particulares bajo pretextos políticos, incluyendo actos de terrorismo indiscriminado y selectivo, así como otros atentados. También consideró como víctimas a personas que cayeron o perecieron víctimas de enfrentamientos armados o, en su sentido general, víctimas de la situación de contienda política²⁹.

Ahora bien, para poder cumplir sus objetivos, la Comisión estableció cuatro tareas fundamentales. A saber, el establecimiento de un cuadro con los hechos, antecedentes y circunstancias que desencadenaron los graves crímenes; la recopilación de toda la información necesaria que permitiera individualizar a las víctimas y establecer su suerte o paradero; la recomendación de medidas de reparación y reivindicación que estimara de justicia; y por último encomendar medidas legales y administrativas que a su juicio debieran adoptarse para impedir o prevenir la comisión de nuevos atropellos graves a los derechos humanos. Igualmente, en el supuesto que la Comisión tomara conocimiento de algún antecedente sobre hechos que revistieran caracteres de delito, debía ponerlos sin más trámite a disposición del tribunal que corresponda. En consecuencia, dicho órgano no contaba con funciones jurisdiccionales, por lo que no podía responsabilizar a presuntos autores de la comisión de los delitos investigados. Lo anterior se desprende del propio

²⁸ Para un mayor análisis ver el Informe Retting. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Tomo 1. Febrero de 1991.

²⁹ *Ibíd*, pp. 25-27.

Decreto Supremo que crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que en su considerando número 7° señala: “ *Que sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a los Tribunales de Justicia, es deber del Presidente de la República, en cuanto encargado del gobierno y la administración del Estado y responsable de promover el bien común de la sociedad, hacer todo lo que autoridad le permita para contribuir al más pronto y efectivo esclarecimiento de la verdad*”³⁰.

Sin embargo, se desprende del propio informe Retting³¹ de 1991, el cual es el resultado material de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, que salvo casos muy excepcionales, los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos no fueron investigados por los tribunales, ni menos sancionados penalmente. En este entendido, pueden mencionarse cuatro situaciones que motivaron la impunidad de los violadores:

- Ponderación de la prueba de cargo contra funcionarios: Básicamente, los tribunales de justicia se sujetaron estrictamente a la legalidad formal al apreciar la prueba de cargo contra los autores, impidiendo en ocasiones llegar a la aplicación de las sanciones que correspondían. De no haberse aplicado este excesivo rigor formal procesal para establecer la participación de agentes del Estado, éstos podrían haber sido condenados en consonancia con la realidad de los hechos acreditados.

- Aceptación por parte de los tribunales de las versiones dadas por la autoridad acerca de los hechos: Este punto se debe a la excesiva pasividad de los tribunales de justicia de la época, manifestada en aceptar las explicaciones de la autoridad respecto de los hechos investigados.

- Aplicación de la Ley de Amnistía, en el sentido de que ésta impediría la investigación de los hechos que comprende.

- No ejercicio por parte de la Corte Suprema de su facultad de superintendencia sobre los Tribunales Militares en Tiempos de Guerra.

En definitiva, el arduo y completo trabajo desarrollado por los miembros de la Comisión recapituló alrededor de 3550 denuncias de violaciones a los derechos humanos, de las cuales 2279 fueron considerados homicidios calificados. Al finalizar el Informe se concluyó que 2296 personas perdieron la vida, de las cuales 164 personas fueron víctima de la violencia política y 2115 personas de violaciones a los derechos humanos³². El informe final enumera y resume meticulosamente unos y otros, con mención precisa de las víctimas, los padecimientos que sufrieron y las circunstancias de su desaparición o muerte. Puesto que el decreto fundacional le prohibió pronunciarse sobre la responsabilidad que pudiera corresponder a personas determinadas, el informe se abstuvo de revelar la identidad de

³⁰ Decreto Supremo N° 355 del 25 de Abril de 1990.

³¹ Ver para un mayor estudio Informe Retting. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cit. (n. 28).

³² Cifras obtenidas de: <http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html>. Acceso en: 22.05.2015.

aquellos cuyos nombres aparecieron en el curso de la investigación³³. Importante es destacar que en el caso de Chile se propusieron una serie de medidas compensatorias para los familiares de las víctimas y para los sobrevivientes de la dictadura, a través de la implementación de programas simbólicos y monetarios. Sin embargo, la impunidad de quienes cometieron los delitos permaneció intacta.

En el caso chileno es destacable la creación de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que emana de la Ley N° 19.123 del 8 de diciembre de 1992, la que continuó con la labor realizada por la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, como lo establece el artículo 1° de dicha ley, a saber: “*Su objeto será la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por el decreto supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, y las demás funciones señaladas en la presente ley*”. El resultado de su trabajo quedó materializado en el Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política.

La Corporación recibió 1200 denuncias, de las cuales 899 fueron considerados como casos calificados de violaciones a los derechos humanos, los que sumados a los casos calificados por el Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, da un total de 3195 casos calificados³⁴.

Sin embargo, existen diferencias de fondo entre la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Por una parte, el propio nombre de ésta, donde ya no luce la palabra *v e r d a d*, indica de alguna manera el logro de ciertos objetivos por parte de la Comisión y, a la vez, la necesidad de materializar otros, tales como la *r e p a r a c i ó n* de las víctimas y sus familiares, a través de la información reunida por la primera Comisión. Por otra parte, esta segunda entidad fue establecida mediante una ley, dato importante, en cuanto denota la participación del Congreso³⁵.

Por último, el 26 de septiembre del 2003, a través del Decreto Supremo N° 1040, se creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, conocida también con el nombre de Comisión Valech, en honor a su precursor, el monseñor Sergio Valech. Esta comisión se encargó de determinar quiénes eran las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas por parte de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. A partir de su informe³⁶ se reconocen un total de 4018 víctimas, cifrando en 3065 los muertos y desaparecidos.

³³ GUZMÁN DALBORA, José Luis, cit. (n. 15), p. 214.

³⁴ Ver en: < http://www.ddhh.gov.cl/informes_cnrr.html>. Acceso 24.05.2015.

³⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis, cit. (n. 15), p. 214.

³⁶ Informe disponible en: < <http://www.derechoshumanos.net/paises/America/derechos-humanos-Chile/informes-comisiones/Informe-Comision-Valech.pdf>>. Acceso 26.05.2015.

Conforme a lo anterior, podemos sostener que el Estado de Chile impulsó medidas para lograr la obtención de la verdad en el país, mediante la creación en una etapa temprana de la vuelta a la democracia, de una Comisión encargada de investigar sobre los oscuros hechos ocurridos en la época militar, y contribuir a la memoria del país. Permitió individualizar a las víctimas a través de las denuncias recibidas por parte de los familiares y organizaciones comprometidas con los derechos humanos, logrando de esta forma establecer cifras oficiales en el país. El resultado obtenido permitió dimensionar tanto a nivel nacional como internacional las atrocidades que se habían ejecutado por parte de las Fuerzas Armadas.

Sin duda el arduo trabajo desarrollado por la Comisión de Verdad y Reconciliación, y más tarde por la Comisión Valech, fortalecieron y colaboraron al desarrollo de la justicia transicional en Chile, provocando un avance en comparación con los países vecinos del Cono Sur. Sin embargo, a pesar de las recomendaciones propuestas en los informes sobre reparación, reconciliación y prevención de los crímenes, aún no han sido adoptadas e incorporadas todas las posibles medidas al ordenamiento jurídico chileno, lo que ha quedado en evidencia con el resurgimiento del “Caso Quemados” estos últimos días. En éste último, uno de los conscriptos de la patrulla militar que presencié los hechos ocurridos el 2 de julio de 1986, día en que se interceptó a dos jóvenes que fueron quemados vivos luego de rociarles combustible inflamable, habló sobre lo sucedido aquella noche, por lo que sirvió de testigo clave para que Ministro Mario Carroza dictase siete órdenes de detención en contra de funcionarios militares involucrados en el caso, provocando la reapertura del caso en tribunales y conmoción pública tanto en los medios de prensa como en la sociedad.

Estos últimos acontecimientos han dejado en claro que aún hay mucho por hacer para lograr grandes avances en materia de derechos humanos, y también demuestra que todavía existen muchos documentos que se mantienen en secreto por parte de los órganos del Estado. En este sentido la directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Lorena Fries, afirmó que existen varios antecedentes recopilados por la Comisión Valech que no se han hecho públicos a la ciudadanía, y que no se han facilitado a la judicatura para cumplir con su obligación de justicia³⁷.

Como podemos darnos cuenta, existen muchas medidas que deben ser adoptadas para el fortalecimiento transicional en el país, por lo que aún nos queda mucho por avanzar y lograr en materia de derechos humanos.

3.2.2. Comisión Nacional de la Verdad en Brasil

La etapa transicional –entre la época dictatorial y la democracia– fue paulatina y compleja en Brasil, ya que los propios brasileños la observaban con recelo, debido a que las fuerzas militares mantenían aún una enraizada influencia en el ámbito político y social.

³⁷ Entrevista realizada a la Directora del Instituto de Derechos Humanos de Chile. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/judicial/lorena-fries-el-congreso-o-el-gobierno-deben-levantar-el-secreto-sobre/2015-07-27/203743.html>>. Acceso: 28.07.2015.

Además, la justicia de transición no tuvo mayor fuerza al comienzo de la instauración de la democracia en el país.

La Comisión Nacional de la Verdad en Brasil se instauró treinta años después del retorno a la democracia en el país, sin embargo, encontramos intentos realizados con anterioridad con el fin de obtener verdad y llevar a cabo mecanismos distintos a la persecución penal. En este sentido, encontramos en primer lugar la Comisión especial sobre Muertos y Desaparecidos, y en segundo lugar la Comisión de Amnistía.

Importante es enfatizar que para que se lograran estas dos primeras Comisiones fue necesaria una seguidilla de actos históricos importantes en el país, los cuales dieron lugar a la publicación de las leyes que crearon dichas Comisiones.

El 5 de octubre de 1988 se produce uno de los hitos más trascendentales en la democracia brasileña, lo cual es la promulgación de una nueva Constitución, que Ulisses Guimarães bautizó como Constitución ciudadana, en la que se presentaba un país con una democracia representativa y participativa, fijando en su artículo 1º que el Estado Democrático de Derecho tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de las personas³⁸. En 1989 se desarrolla el famoso movimiento conocido como “*Direta já*”³⁹, en el que la ciudadanía brasileña volvió a las urnas después de casi treinta años para elegir libremente a un Presidente de la República. Ambos acontecimientos fueron pilares fundamentales para la reconstrucción del Estado de Derecho.

Así en los años 90 volvió al debate público el tema del derecho a la memoria y el derecho a la verdad. En el Congreso Nacional el Diputado Nilmário Miranda, un ex preso político, propuso crear una Comisión de Representación Externa en la Cámara, para acompañar a víctimas y familiares de muertos y desaparecidos. Esta Comisión funcionó durante tres años, en los que sirvió de espacio al debate y contribuyó para que el asunto de los derechos humanos ganase mayor divulgación. En 1994, los dos candidatos a la presidencia, Fernando Henrique Cardoso y Luiz Inácio Lula da Silva, se comprometieron con los familiares de las víctimas que en el caso de ser electos, reconocerían a los desaparecidos políticos y se esforzarían para encontrar los restos mortales de las víctimas. Al ser electo como Presidente de la República en 1995, Fernando Henrique Cardoso comenzó a llevar a cabo las promesas rendidas a los familiares, pues solicitó al Ministerio de Justicia que el tema de los derechos humanos comenzara a ser tratado como una política específica⁴⁰.

En este ambiente político se instauró la Comisión especial sobre Muertos y Desaparecidos mediante la Ley N° 9.140 de 1995⁴¹, que tenía por objeto la investigación de crímenes que aún no habían sido declarados oficiales por el Gobierno Brasileño. El trabajo

³⁸ SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, *Direito à verdade e à Memória. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007), p. 29.

³⁹ *Diretas Já* que en español significa Directas Ya fue un movimiento político que se desarrolló durante 1984 y 1985 en el que la población solicitada la reivindicación del derecho a elegir al presidente por voto directo de los electores. En esta época se realizaron protestas en las principales ciudades del país.

⁴⁰ SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, cit. (n. 38), p.33.

⁴¹ Ley 9140/ 1995. Brasil.

obtenido por dicha comisión fue publicado en el año 2007 a través del libro denominado “*Direito á Memória e á Verdade*”, de la Secretaría Nacional de Derechos Humanos de la Presidencia de la República.

El criterio único usado como base para calcular las indemnizaciones mínimas se fijó en US\$50.000, y la mayor indemnización fue de aproximadamente US\$ 75.000. Además este informe arrojó cifras oficiales que muestran que durante la dictadura brasileña hubo 475 muertos y desaparecidos, 20.000 presos y torturados y 35.000 perseguidos políticos⁴². Así la ley N° 9140 del año 1995 marcó el reconocimiento por parte del Estado brasileño de su responsabilidad por la muerte de los opositores políticos en el período comprendido en dicha ley⁴³.

Podemos concluir que el libro obtenido del trabajo realizado por la Comisión fue el resultado de una de las más importantes iniciativas institucionales a favor de la concretización del Derecho a la Memoria y del Derecho a la Verdad en Brasil.

Asimismo, en agosto del año 2001 fue instaurada por el Ministerio de Justicia la Comisión de Amnistía⁴⁴, cuyo objetivo fundamental es examinar en el área administrativa la solicitud de indemnización en favor de aquellos que fueron impedidos de ejercer actividades económicas debido a la persecución política de la época. Además la Comisión implementó políticas estatales con miras al derecho a la verdad, es por esto que mantiene tres grandes proyectos destinados a la reparación entendida como un proceso de reconocimiento: las Caravanas de Amnistía, el Memorial de la Amnistía y Marcas de la Memoria. Las más significativas, y que han alcanzado mayor repercusión nacional, son las Caravanas de Amnistía. En ellas la Comisión se despliega de sus instalaciones del Palacio de Justicia de Brasilia y recorre diferentes Estados brasileños para juzgar requerimientos de amnistía emblemáticos en los locales donde las persecuciones ocurren, estos juzgamientos son realizados en ambientes educativos tales como Universidades y espacios públicos y comunitarios⁴⁵.

Por último encontramos la creación de la Comisión Nacional de la Verdad, la que comienza a trabajar casi treinta años después del fin de la dictadura militar, lo que viene a manifestar el lento camino que llevó a cabo el gobierno para obtener la verdad de lo ocurrido en la época militar. Así, recién el 18 de diciembre del 2011, en el gobierno de la presidenta Dilma Rouseff, se instauró la Comisión Nacional de la Verdad, a través de la Ley N° 12.528. Dicha ley tiene, según la exposición de los motivos presentada por el Ejecutivo, el “*objetivo estratégico de promover la investigación y la aclaración pública de las graves violaciones de derechos humanos en el período de 1946 a 1988*”⁴⁶, lo que se llevará a cabo como señala el artículo 1° “*con el fin de hacer efectivo el derecho a la memoria y a la verdad histórica y promover la reconciliación nacional*”.

⁴² Ver en: <<http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/MJ20BF8FDBPTBRNN.htm>>. Acceso 27.05.2015.

⁴³ SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, cit. (n.38), p.17.

⁴⁴ ROCHA DE ASSIS, Maria; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, *Brasil en AMBOS*, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit), *Justicia de Transición Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2009), pp. 171-172.

⁴⁵ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, cit. (n. 20), p. 74.

⁴⁶ Exposición de Motivos de la Ley 12.528, del 18/11/2011.

Destacable es el hecho de que se creara precisamente en el gobierno de una mujer que fue guerrillera y víctima de las torturas y maltratos cometidos por parte de los militares de la época. La Presidenta participó personalmente en la articulación entre el Ministerio de Defensa, la Secretaría Nacional de Derechos Humanos y el Congreso Nacional para lograr la aprobación de la ley.

El trabajo obtenido por la Comisión se presentó en un informe el 10 de diciembre del año 2014, el que cuenta con importante información sobre violaciones a los derechos humanos acaecidos entre los años 1946 y 1988 en el país. A propósito de la enraizada influencia en el ámbito político y social que mantenían las fuerzas militares, es menester señalar que incluso intentaron impedir la difusión de dicho Informe a través de los medios legales en Brasil.

Sin embargo, además de los estudios realizados por la Comisión Nacional de la Verdad, ésta aspira dejar un legado hacia el futuro a través de ciertas recomendaciones. Es así como existen 29 recomendaciones, divididas en tres tipos, las que apuntan a reformas institucionales, constitucionales y legales. Dentro de las recomendaciones que apuntan a las reformas institucionales, se encomienda establecer la responsabilidad de las instituciones y funcionarios que causaron graves violaciones a los derechos humanos en materia de derecho penal, civil y administrativo. Por esta razón se señala en el informe que no se debería seguir aplicando la Ley de Amnistía del 28 de Agosto de 1979⁴⁷, ya que los delitos acontecidos en la época estudiando son delitos de lesa humanidad y por lo tanto, imprescriptibles.

En este sentido, es menester entender que la vigencia de la Ley de Amnistía se debe a un pronunciamiento realizado por el Supremo Tribunal Federal en el año 2010, en el que se protege a los militares que violaron los derechos humanos por la aplicación de la citada ley, lo que es incompatible con el derecho interno y el Derecho Penal Internacional. Este es uno de los motivos de por qué en Brasil el Poder Judicial y la justicia de transición avanzan paulatinamente, a pesar de la condena que obtuvo el Estado brasileño en el año 2010 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”)* vs. Brasil, el que desarrollaremos en profundidad más adelante.

En el informe de la Comisión de la Verdad se nombran 377 funcionarios públicos responsables de violaciones de derechos humanos cometidas en 230 lugares del país durante el período comprendido en la investigación. La Comisión de la Verdad observa también que, durante el período comprendido en la investigación, hubo 434 casos de personas muertas o desaparecidas. Asimismo, en el Informe de la Comisión de la Verdad se detalla la persecución sufrida por los oficiales de las fuerzas armadas que se opusieron al régimen militar: se determinó que 3340 oficiales de la fuerza aérea, 2214 oficiales de la marina, 800 oficiales del ejército y 237 agentes de policía fueron perseguidos por la dictadura militar. En el informe se analiza también el impacto de las graves violaciones de derechos humanos en distintos segmentos de la sociedad, tales como los trabajadores

⁴⁷ Ley 6.683 de Brasil.

urbanos, los campesinos, la población indígena, los miembros de ciertas congregaciones religiosas y los académicos⁴⁸.

Como ya dijimos anteriormente, las medidas transicionales en Brasil han sido más lentas que en el resto de los países vecinos, y particularmente en comparación con Chile. De igual forma, se plasman ciertas ventajas en la transición brasileña, siendo la más significativa el impacto que han generado las Comisiones de Reparación al revelar historias y profundizar en la conciencia de la sociedad de este país, para que de esta manera las violaciones a los derechos humanos sean conocidas, y se promuevan políticas públicas que fortalezcan el derecho a la verdad y a la reparación que se espera en una sociedad democrática. Se destacan además las comisiones por generar nuevos archivos, así por ejemplo, solo la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia tiene en sus colecciones casi 70.000 archivos, dentro de los cuales se presentan archivos de la época y nuevos archivos que contrastan documentos oficiales con narrativas de los perseguidos⁴⁹.

3.2.3. Reflexiones conclusivas y comparativas de ambas Comisiones

Para finalizar, encontramos similitudes en los casos estudiados, ya que ambos países crearon Comisiones investigadoras que no tienen un carácter vinculante, tanto Chile como Brasil mantienen vigentes hasta el día de hoy leyes de las respectivas dictaduras, protegiendo de esta forma a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Precisamente aún se encuentran vigentes sus respectivas Leyes de Amnistía, a pesar de los pronunciamientos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que ha castigado con distintas medidas a ambos países por no velar de manera óptima por los derechos humanos, sobre todo por no llevar a cabo los juicios penales.

En segundo lugar, ambas comisiones al momento de su creación establecieron de manera expresa que no contaban con facultades para juzgar los crímenes cometidos, y que su labor se enfocaba a investigar lo acontecido. Así lo señala el considerando 4° del Decreto Supremo N° 355 que crea la Comisión Nacional de Verdad y Reparación en Chile: *“Que el juzgamiento de cada caso particular, para establecer los delitos que puedan haberse cometido, individualizar a los culpables y aplicar las sanciones que correspondan, es atribución exclusiva de los Tribunales de Justicia”*.

En este entendido es importante también recalcar que las Comisiones presentan diferencias importantes. En primer lugar, por la fecha de constitución y en la época en que se crean, ya que Chile creó su Comisión de Verdad y Reconciliación a principios de la década de los 90, es decir, fue casi un hecho inmediato que llevó a cabo el primer presidente electo democráticamente en este país. En cambio, en Brasil la implementación de medidas de reparación, y por sobre todo la creación de la Comisión de la Verdad, fue

⁴⁸ Datos obtenidos en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/151.asp>>. Acceso 29.05.2015.

⁴⁹ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D., *El programa de reparaciones como eje estructurador de la justicia transitoria en Brasil*. en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 520.

tardía y lenta, de hecho tuvieron que pasar casi 30 años desde el final de la dictadura para su creación.

De lo anterior se desprende una segunda diferencia, que es el hecho de que en Chile primero se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reparación, y posteriormente se crearon nuevas comisiones e instituciones para apoyar y dar curso a la tarea que ya había comenzado a desarrollar dicha Comisión, en cambio, en Brasil primero nacen comisiones que intentan de alguna u otra forma buscar la verdad y nutrirse de mecanismos de reparación, y por último, hallamos la creación de la Comisión de la Verdad.

Una tercera diferencia es el hecho de que la Comisión de la Verdad y Reparación en Chile fue creada mediante un Decreto Supremo⁵⁰ emanado por el Presidente de la República, mientras que en Brasil la comisión fue creada por una ley que tuvo que contar con el apoyo del Ministerio de Defensa, la Secretaría Nacional de Derecho Humanos y el Congreso Nacional para lograr su creación.

3.3. Condena

El enjuiciamiento penal llevado a cabo por las víctimas se concreta a través de la investigación de los crímenes, los que son llevados a conocimiento judicial y de los cuales se espera una sentencia penal por parte de ellas o sus familiares. Lo que esperan de alguna u otra forma es evitar futuros crímenes y obtener así un consuelo por los daños sufridos. Sin embargo, y en palabras de Paul VAN ZYN⁵¹, a las cuales adherimos, “el enjuiciamiento solo puede ser, en todos los casos, una respuesta parcial en el proceso de hacer frente a las violación sistemática de los derechos humanos. La abrumadora mayoría de las víctimas y de los perpetrados de crímenes masivos jamás encontrarán la justicia en un tribunal y por lo tanto resulta necesario complementar los enjuiciamientos con otras estrategias”.

Y es precisamente sobre este último punto que nos enfocaremos en este trabajo, para dilucidar lo ocurrido en los casos de Brasil y de Chile respecto a las medidas que se han llevado a cabo para el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes de lesa humanidad, teniendo siempre en vista el efecto que ha provocado en ambos países sus respectivas Leyes de Amnistía.

CAPÍTULO II.- ANÁLISIS DE LOS CASOS DE BRASIL Y DE CHILE

El propósito de este trabajo denominado: “Justicia de transición: análisis comparativo de la respuesta penal de los casos de Brasil y de Chile” es fundamentalmente exponer lo sucedido en estos países, junto con mostrar la manera en que se desarrolla y se lleva a cabo la justicia de transición. De esta forma, se hace necesario realizar un examen histórico,

⁵⁰ El Glosario Legislativo de la Biblioteca Nacional del Congreso de Chile define Decreto como norma dictada por cualquier autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia. Cuando emana del Presidente de la República se denomina Decreto Supremo.

⁵¹ VAN ZYL, Paul, cit.(n. 4), p. 51.

incluyendo los distintos hechos ocurridos en la evolución histórica, y los distintos factores políticos, sociales y culturales que enraízan cada sociedad.

Nos centraremos en la Ley de Amnistía de cada uno de los países y en la respuesta penal que se ha generado frente a los delitos cometidos en la época dictatorial contra los derechos humanos. Para esto, observaremos si ha existido una efectiva persecución penal y cuáles han sido los casos emblemáticos.

1. Caso de Brasil

1.1. Examen histórico: breve aproximación

La historia de Brasil se encuentra marcada por el Golpe de Estado del 31 de marzo de 1964, llevado a cabo por las Fuerzas Armadas brasileras contra el Presidente de la República João Goulart. Tras este acontecimiento comenzó una dictadura militar que perdurará oficialmente hasta la elección popular de Tancredo Neves en 1985. Fue la primera dictadura civil militar en la segunda mitad del siglo XX en América Latina y la más extensa.

La democracia fue oficialmente restablecida en 1988, al promulgarse la actual Constitución Federal de Brasil. La transición solamente se consolidó el 15 de marzo de 1990 con la elección de Fernando Collor de Mello, en la primera elección democrática a la presidencia en treinta años⁵².

El régimen dictatorial contó con cinco presidentes, que si bien eran civiles al ejercer la presidencia, ostentaban previamente el rango de oficiales generales en reserva de las Fuerzas Armadas del país. El fundamento ideológico del Golpe de Estado se desarrolló en la Escuela Superior de Guerra, ESG. La ESG fue creada poco después del término de la Segunda Guerra Mundial. Desde sus inicios, esta institución estuvo íntimamente ligada a la Escuela Militar estadounidense para las Américas (*The U.S. Army School of the Americas*).

Ahora bien, centrándonos en el propio golpe de Estado, este se desarrolla en el contexto político construido al final de la época denominada de Estado Nuevo⁵³. Las elecciones de 1950 marcaron el retorno de Getúlio Vargas al poder con una aplastante mayoría de votos frente a su principal adversario, el candidato Eduardo Gomes⁵⁴. A pesar de esto, con el paso de los años afloraron movimientos sociales que solicitaban la renuncia del Presidente en comento. Fue así como el 23 de agosto de 1954, 27 generales del ejército firmaron un documento para solicitar su renuncia, y en la madrugada del día siguiente

⁵² ROCHA DE ASSIS, Maria; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, cit. (n. 44), p. 192.

⁵³ En portugués denominado *Estado Novo* fue el término con el que se conoció el régimen autoritario implantado en Brasil por el Presidente Getúlio Dornelles Vargas, que duró desde 1937 hasta 1945. A finales de la década de los 30, el Presidente protagonizó otro golpe de Estado, disolvió el Congreso Nacional y reformó la Constitución, que fue elaborada por Francisco Campos. Disponible en: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))>. Acceso: 23.06.2015.

⁵⁴ AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, et al, *Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil* (Belo Horizonte, Forum, 2010), p. 137.

Getúlio Vargas se suicidó con un tiro en el corazón en pleno Palacio Presidencial. En 1960 se realizaron nuevas elecciones en las que triunfó Jânio Quadros como Presidente y João Goulart fue elegido Vicepresidente, quien asumirá la Presidencia de Brasil al renunciar Quadros, un año después.

A inicios de 1964 la economía de Brasil sufría graves problemas debido a la reducción de la inversión y al costo de la intervención estatal en la economía nacional; la inflación se elevaba considerablemente y la pugna política entre el Presidente y la oposición derechista aumentaba. Entre las Fuerzas Armadas se proyectaba forzar al Presidente Goulart a renunciar a sus reformas y desplazar de la administración gubernamental a sus aliados de izquierda. En consecuencia, el 31 de marzo el General Olímpio Mourão Filho, Jefe de la Guarnición de Minas Gerais, inició la revuelta avanzando con sus tropas hacia Río de Janeiro, donde se hallaba el Presidente Goulart, el que buscó refugio en el Sur de Brasil para luego escapar del país rumbo a Uruguay⁵⁵. En definitiva, el Golpe de Estado se llevó a cabo sin mayores inconvenientes, lo que se debe al apoyo obtenido por ciertos grupos civiles. Es por esto que estudios recientes buscan no catalogarlo exclusivamente como militar, si no como un golpe civil militar, debido al respaldo que encontró por parte de la sociedad⁵⁶.

Los diez días que transcurren entre la caída de Goulart y su reemplazo por el General Castelo Branco, los militares arrestaron a miles de personas que podían eventualmente oponerse al golpe. La represión que se inicia en 1964 continúa bajo una sucesión de gobiernos militares que se mantienen en el poder mediante una serie de actos institucionales durante un período de quince años. Cuando el General Costa e Silva reemplazó al General Castelo Branco en 1968, los militares desataron una nueva ola de represión en respuesta a un número creciente de protestas estudiantiles y huelgas⁵⁷.

En consecuencia, en esta época dominaron los arrestos, las desapariciones forzadas, las prisiones, muertes, intervenciones de los sindicatos y la cesación en el mandato de parlamentarios, gobernadores e intendentes. En dicha época, los principales actores fueron las Fuerzas Armadas y de Orden, frente a lo que el gobierno brasileño reconoce responsabilidad del Estado en 356 casos de personas muertas o desaparecidas mientras los militares estuvieron en el poder⁵⁸. Otros 113 casos denunciados por familiares y organizaciones de defensa de derechos humanos no fueron reconocidos por falta de información segura sobre las víctimas o de evidencias que permitan responsabilizar el aparato represivo de la dictadura por las muertes⁵⁹.

⁵⁵ Ver en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Golpe_de_Estado_en_Brasil_de_1964>. Acceso 23.06.2015.

⁵⁶ AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, et al, *cit.* (n.54), p. 142.

⁵⁷ Ver en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>. Acceso: 24.06.2015.

⁵⁸ Ver en: <<http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/o-acerto-de-contas.html>> Acceso en: 24.06.2014.

⁵⁹ *Desde 1995, o governo brasileiro reconheceu oficialmente a responsabilidade do Estado em 356 casos de pessoas mortas ou desaparecidas enquanto os militares estiveram no poder. Outros 113 casos apontados por familiares e organizações de defesa de direitos humanos não foram reconhecidos, por falta de informações seguras sobre as vítimas ou de evidências que permitissem responsabilizar o aparelho repressivo da ditadura pelas mortes.* (traducción propia).

Es importante destacar el hecho de que fueron necesarios diez años desde la promulgación de la Ley de Amnistía en 1979 para que el país pudiera elegir nuevamente un Presidente de la República mediante elecciones directas.

1.2. Enfoque de la Ley de Amnistía

En respuesta a lo ocurrido en Brasil es que se promulga la Ley de Amnistía el 28 de agosto de 1979, durante el gobierno de Figueiredo (1979-1985). Esta ley se dicta a favor de todos aquellos responsables por la práctica de crímenes políticos o a ellos conexos, cometidos en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979. Así el artículo 1° de la Ley N° 6.683 señala que : *“Es concedida amnistía a todos los que en el período comprendido entre el 02 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con estos, crímenes electorales a los que tuvieron sus derechos políticos suspendidos y a los servidores de la Administración Directa e Indirecta, de funciones vinculadas al poder público, a los Servidores del Poder Legislativo y Judicial, a los militares y a los dirigentes y representantes sindicales punidos con fundamentos en Actos Institucionales y Complementarios”*⁶⁰, agregando en el inciso primero de dicho artículo que: *“Se considerarán conexos para efectos de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con crímenes políticos o practicados por motivación política”*⁶¹.

La Ley de Amnistía nació en un movimiento popular y fue el acto de un cuerpo legislativo. Tras una seguidilla de torturas y maltratos generalizados en el país, las esposas, madres, hijas y hermanas de prisioneros políticos, personas desaparecidas y exiliados crearon Comités de Amnistía en 1977 y 1978. Así tuvieron un importante papel en estas jornadas el Movimiento Femenino por la Amnistía y el Comité Brasileiro por la Amnistía, los que contaban con varias unidades estaduais, impulsadas principalmente por líderes como Therezinha Zerbini, Mila Cauduro, Luiz Eduardo Greenhalg, Eny Raymundo Moreira, entre otros⁶². Para el surgimiento de la ley se convocó un Congreso Nacional para la Amnistía, en el que los propulsores dejaban claro que se oponían a una amnistía recíproca que beneficiara a los opresores.

Sin embargo, una vez promulgada la Ley de Amnistía en 1979 se interpretó de manera amplia, favoreciendo a todos los agentes del Estado autores de tortura, homicidios y secuestros. Este hecho explica, en parte, la ausencia de medidas en el campo de la justicia penal, ya que nunca hubo de parte de los militares un esclarecimiento sobre el paradero de los muertos y desaparecidos. Los principales actores políticos optaron por una especie de “conciliación con el pasado”, por lo que éste no sería tocado.

⁶⁰ Texto original en la Ley 6683: Art. 1°: *“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”*. (Traducción propia, al igual que todos los textos y artículos en portugués).

⁶¹ Texto original en la Ley 6683: § 1° - *Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*

⁶² SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, cit (n. 20), p. 30.

Por consiguiente, la sociedad no tuvo acceso a documentos, narraciones y a datos que pudieron haber aflorado a través de las investigaciones judiciales y de la apertura de archivos judiciales. En este sentido no hubo ninguna investigación, ningún juzgamiento, ni menos aún, ninguna condena⁶³. En la práctica, sin embargo, la Ley de Amnistía tuvo algunos resultados positivos, ya que los exiliados pudieron retornar al país, y hasta los primeros días de octubre de 1973, los tribunales militares habían puesto en libertad a 711 presos políticos⁶⁴.

A pesar de la insuficiente declaración de ausencia de desaparecidos durante el régimen militar, ésta fue subsanada parcialmente con la publicación de la Ley 9.140 del año 1995, en que el Estado reconoció responsabilidad por la muerte de los desaparecidos, abriendo así la posibilidad de nuevos reconocimientos con la creación de la Comisión de Muertos y Desaparecidos Políticos. Ocurre que la ausencia de respuesta del Estado en cuanto a la localización de las personas muertas en el régimen militar, no superada por la referida legislación, impulsó el enjuiciamiento de acciones frente a la Justicia Federal, y de alguna u otra forma el retraso en las decisiones llevó a la necesidad de acudir Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶⁵.

Así la Ley de Amnistía en Brasil ha sido el centro de innumerables críticas, y es por esto que la Orden de Abogados de Brasil solicitó al Supremo Tribunal Federal una revisión de la interpretación que se estaba llevando a cabo de dicha ley, lo que abordaremos en el siguiente punto. Para esbozar las críticas realizadas a la ley tomaremos la opinión de TORELLY⁶⁶, quien señala: “La ley de 1979 constituye una autoamnistía para el régimen, ya que el Congreso Nacional no era todavía lo suficientemente independiente para discutir legítimamente la cuestión en términos igualitarios con el Ejecutivo, lo que consecuentemente la torna inválida ante el derecho internacional”. Por esto, es necesaria una revisión e incluso derogación de la Ley de Amnistía, debido a que ésta fue falsamente vendida como una victoria de todos. A nuestro juicio dicha victoria es falsa, porque trajo aparejada una conciliación ficticia, debido a que imposibilitó la persecución criminal de los responsables de las atrocidades ocurridas en la época dictatorial, tal como trataremos en el siguiente punto.

1.3. Respuesta penal a la justicia de transición

1.3.1. Antecedentes

Brasil se caracteriza por un escaso desarrollo de la justicia de transición, lo que se debe principalmente a que dicho proceso fue llevado a cabo fundamentalmente por el propio régimen militar autoritario, con escasa participación de la sociedad civil. Sin

⁶³ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, cit. (n. 20), p. 63.

⁶⁴ Ver en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>. Acceso en: 24.06.2015.

⁶⁵ ROCHA DE ASSIS, Maria; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, cit. (n.44), p. 192.

⁶⁶ TORELLY, Marcelo D., cit. (n. 5), p. 20.

embargo, a partir del año 2000 la sociedad ha intentado cambiar esta situación, pese a existir numerosas trabas para lograrlo. Desde esta perspectiva, las acciones que efectivamente fueron adoptadas por el Estado brasileño siguieron caminos alternativos a la vía punitiva y están circunscritos fundamentalmente al trabajo desarrollado por dos comisiones especiales: La Comisión de Muertos y Desaparecidos Políticos; y la Comisión de Amnistía⁶⁷. Por lo tanto, para entender la escasa y casi nula respuesta penal que ha tenido Brasil en materia de delitos de lesa humanidad, se hace necesario esgrimir ciertos antecedentes que nos llevarán a comprender la anterior afirmación.

En primer lugar, encontramos que el 21 de octubre de 2008 el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil⁶⁸ (OAB) presentó frente al Supremo Tribunal Federal en sede de control abstracto, una petición de incumplimiento de Precepto Fundamental N° 153/DF, con el objetivo de revertir la interpretación que se llevaba a cabo sobre la Ley de Amnistía de 1979, específicamente contra lo señalado en el artículo 1° de la Ley Federal. El argumento para ello, dice relación con que, a su parecer, habría controversia constitucional, ya que amnistió también los crímenes practicados por agentes públicos durante el régimen dictatorial de 1964 a 1985 incluyendo, entre otros, crímenes como el homicidio, desaparecimiento forzado, abuso de autoridades, lesiones corporales, estupro y atentados violentos al pudor. Estos crímenes fueron practicados de modo institucionalizado por el régimen militar contra sus opositores⁶⁹.

Desde el punto de vista normativo es necesario reconocer que la *Arguição*, que podemos entender en español como una acción que sirve para sustituir un precepto de la Constitución por haber sido violado, forma parte de un modelo jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad, que en el caso brasileño se caracteriza por tener efecto vinculante. El efecto de las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal Federal en este tipo de acciones, tiene la condición de trabar el debate que podría ocurrir en el control difuso de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, vinculando todos los actos del Poder Judicial, así como en la Administración Pública directa e indirecta, por lo que podría traer nefastos efectos que podrían ser atribuidos a los procesos administrativos que se tramitan frente a la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, el que es tal vez unos de los pocos elementos de justicia de transición que ha funcionado en Brasil.

Esta acción significó una primera discusión acerca de los límites y posibilidades de responsabilidad criminal por hechos tipificados como crímenes contra la humanidad ocurridos en Brasil en el período dictatorial entre 1964 a 1985. Sin embargo, la acción no tuvo éxito en el Supremo Tribunal Federal, ya que el 28 de abril del 2010 fue tildada de improcedente al obtener siete votos en contra.

Por consiguiente, la interpretación realizada a la Ley de Amnistía promulgada durante el gobierno de Joao Batista Figueredo continúa hasta el día de hoy, en el sentido de que la

⁶⁷ AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, et al, cit. (n. 54), p. 159.

⁶⁸ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁶⁹ PELUSO NEDER MEYER, Emilio, *Ditadura e Responsabilização. Elementos para uma justiça de transição no Brasil* (Belo Horizonte, 2012), p. 14.

expresión “crímenes políticos o conexos con estos” amnistía no sólo a los perseguidos políticos, sino también a los agentes públicos que hayan cometido crímenes contra la humanidad en la perpetración de estas persecuciones.

Lo que pretendía el Consejo Federal de la OAB no era una revisión de la Ley de Amnistía, sino más bien una interpretación adecuada frente a la Constitución de 1988.

De esta forma, observamos que la amnistía en Brasil bloqueó la persecución penal, provocando que no se llevaran a cabo enjuiciamientos a los responsables de los delitos de lesa humanidad. De manera distinta fue llevada esta situación en el caso chileno, en que la Ley de Amnistía convivió con la realización de juzgamientos, como veremos más adelante. Esta misma situación ocurrió en Uruguay por ejemplo, a diferencia de lo que sucedió en Argentina, en donde la Ley de Amnistía fue suprimida para que ocurrieran los juzgamientos.

En busca de persecución penal para los agentes del Estado que habían cometido delitos de lesa humanidad, la Comisión de Amnistía realizó una Audiencia Pública en el Salón Negro del Palacio de Justicia en Brasilia. La audiencia reunió un gran número de juristas con la finalidad de discutir las posibilidades jurídicas para que los agentes torturadores y sus superiores al servicio de la dictadura civil militar pudiesen ser juzgados en el ámbito penal por la práctica de los crímenes contra la humanidad⁷⁰.

2.3.2. Intento de medidas judiciales

El primer intento de persecución penal relacionado con crímenes cometidos en la dictadura militar es el clamoroso episodio de tortura y homicidio del Sargento Manoel Raymundo Soares, el que fue conocido como “caso de las manos amarradas”, debido a que su cuerpo fue encontrado flotando con las manos amarradas en el Rio Jacuí, el 24 de Agosto de 1966. Pese a existir abundante prueba, el tribunal consideró que no eran suficientes para llevar al acusado al tribunal, por lo que el proceso quedó archivado a través de una sentencia denominada: *sentença de impronúncia*⁷¹.

Un segundo intento para ejercer la persecución penal fue la solicitud de imposición de pena a tres torturadores que dejaron ciego al preso político Milton Coelho de Carvalho, en un presidio en Aracaju, en febrero de 1976. Dicha acción fue juzgada en el Superior Tribunal Militar, y el pedido fue tildado como improcedente por el juez auditor de la VI Circunscripción Militar⁷².

⁷⁰ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, *cit.* (n.20), p. 194.

⁷¹ LIMA SANTOS, Roberto, *Crimes da ditadura Militar. Responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação aos Direitos Humanos* (Porto Alegre, Nuria Fabris, 2010), pp. 156-159.

⁷² *Ibid.*

En 1982 los familiares de las víctimas de la Guerrilla de Aragualla⁷³ solicitaron frente a la Justicia Federal del Distrito Federal⁷⁴ una acción en la que solicitaban información sobre los hechos ocurridos durante los combates entre las Fuerzas Armadas y los guerrilleros. La decisión en primera instancia determinó dar a conocer toda la información oficial sobre la guerrilla y que el Estado Brasileño indicase la localización de los restos mortales de los desaparecidos, ofreciendo el traslado y sepultura de los cuerpos. Se fijó un plazo de 120 días para que fueran indicados los locales del entierro, con una pena de multa diaria en caso de incumplimiento. El estado creó una comisión interministerial para prestar auxilio a los familiares⁷⁵.

En el campo de acciones promovidas por las víctimas y sus familiares, merece ser destacado el enjuiciamiento de la acción declaratoria de ocurrencia de daños morales y daños a la integridad física que llevó a cabo la Familia Teles contra Carlos Alberto Brillante Ustra⁷⁶. Pretendían los autores, el reconocimiento de la responsabilidad del reo por la ejecución de torturas físicas y psicológicas realizadas en São Paulo en los años 1972 y 1973. La acción fue juzgada como parcialmente procedente, ya que se obtuvo una declaración de responsabilidad civil hacia el reo por causa de los actos de tortura practicados contra las víctimas⁷⁷.

En definitiva, podemos sostener a través de los ejemplos señalados que no se han llevado a cabo con éxitos enjuiciamientos criminales contra los agentes del Estado responsables de la comisión de los crímenes atentatorios a los derechos humanos. En efecto, dicha circunstancia es una de las principales características distintiva del modelo transicional brasileño, en comparación con sus países vecinos del cono Sur.

2. Caso de Chile

2.1. Examen histórico: breve aproximación

⁷³ La Guerrilla de Araguaia se llevó a cabo entre los años 1972 y 1975, en la zona selvática de Aragualla en Brasil, en el que por órdenes del gobierno militar de la época se quería exterminar el foco guerrillero asentado en la zona.

⁷⁴ El número del proceso original es 820024682-5/DF, el número de Apelación interpuesto frente al TRF de la 1ª Región es AC2003.01.00.041033-5 y el propuesto frente al Supremo Tribunal Federal es 873.371.

⁷⁵ AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, et al, cit. (n. 54), pp. 167-168.

⁷⁶ Carlos Alberto Brillante Ustra es un coronel reformado del Ejército Brasileño. Comandó de septiembre de 1970 a febrero de 1974, el DOI- Codi de San Paulo, el que era un órgano de represión a los grupos armados de la izquierda revolucionaria que luchaban contra el régimen autoritario y eran partidarios de la implementación de un Estado Comunista totalitario en Brasil. Existieron 502 denuncias de tortura para el comandante en este período. En 2008, por decisión del Juez de primera instancia Gustavo Santini Teodoro, el coronel Ustra fue el primer oficial condenado por una acción declaratoria de secuestro y tortura en Brasil, después de treinta años desde la ocurrencia de los hechos en la época de la dictadura militar. En mayo del 2013, Ustra compareció a la primera sesión abierta al público y transmitida por televisión de la Comisión de la Verdad. Lo amparaba un *habeas-corpus* que le permitía guardar silencio, de todas formas el respondió algunas preguntas en las que negó la comisión de cualquier crimen durante su período como comandante en DOI-CODI. (traducción propia). Disponible en: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Carlos_Alberto_Brillante_Ustra>. Acceso: 22.06.2015.

⁷⁷ ROCHA DE ASSIS, Maria; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, cit. (n. 44), p. 192.

El periodo militar en Chile comprende desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990. Estuvo encabezado por el General Augusto Pinochet y los otros comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, los que establecieron una Junta de Gobierno tras el golpe de Estado que derrocó al gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende. Además disolvió el Parlamento y proscribió partidos políticos, sindicatos y demás organizaciones sociales.

A través de la Junta Militar, el régimen de facto gobernó mediante decretos ley. El Decreto Ley N° 5 dictado el 12 de septiembre de 1973 estableció en su art. 1: *“declárese interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse – estado o tiempo de guerra- para efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, y en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”*.

A su vez, el art. 418 del Código de Justicia Militar estableció que *“se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho la declaración oficial”*.

Por consiguiente, el régimen se caracterizó por ser un modelo autoritario de gobierno en el que podemos observar que se declaró en el país un Estado de sitio en grado de conmoción interna, lo que era equivalente a un estado en guerra o en tiempos de guerra hasta el 10 de septiembre de 1975. Así existieron un sin número de medidas represivas que afectaron a la población, tales como un control absoluto de los medios de comunicación, el toque de queda que permaneció por varios años en todo el país, la privación de libertad de miles de personas, las que eran llevadas a lugares como estadios y otros recintos que se habilitaron para tal efecto, donde muchas veces se interrogaba a los detenidos mediante torturas. Es así como tras el Golpe Militar fueron cometidas sistemáticas violaciones a los derechos humanos, registrándose al menos 28259 víctimas de prisión política y tortura⁷⁸, 2298 ejecutados y 1209 detenidos desaparecidos⁷⁹.

Luego de dieciséis largos años, por fin en Chile se realizó un plebiscito en el que se determinaría si continuaba o no en el poder Augusto Pinochet. Existían dos opciones posibles, que ganara el SÍ o el NO. En el caso de ganar la opción del SÍ, Augusto Pinochet seguiría en el poder por un periodo de ocho años más, es decir, hasta el 11 de marzo de 1997, y en el caso de ganar la opción del NO, no se aprobaba al candidato propuesto, y el período de Pinochet se prorrogaría sólo por un año más, esto es, hasta el 11 de marzo de 1990. Vencido dicho plazo se debía convocar a elección de Presidente de la República y de parlamentarios. Es así como en el plebiscito de 1988 ganó la opción del NO, por lo que el 14 de diciembre de 1989 se realizaron elecciones para decidir quién sería el próximo

⁷⁸ Ver: *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*. Nómina de personas reconocidas como víctimas. En: <<http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/10/nomina.pdf>>. Acceso en 23.06.2014.

⁷⁹ *Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación*, II (Santiago de Chile, 1991).

Presidente del país. Con un 55,2%⁸⁰ fue elegido democráticamente Patricio Aylwin, el que asumió la Presidencia de Chile el 11 de marzo de 1990, marcando de esta forma el inicio de la transición democrática en dicho país.

2.2. Enfoque de la Ley de Amnistía

En Chile se promulgó el 19 de abril de 1978 el DL N° 2191, que en su artículo 1 concedió *“amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973, y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a procesos de condenas”*.

Agrega por su parte el art. 2°: *“Amnistíese, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973”*.

De lo anterior, desprendemos que se observa una falta de precisión acerca de los delitos que abarca el DL, y por esto los tribunales de justicia lo han aplicado indistintamente en delitos comunes como a delitos atentatorios de los derechos humanos. Ahora bien, otro punto determinante es quiénes se verían beneficiados con la aplicación del DL, los que en su gran mayoría son el personal de seguridad militar o paramilitar, es decir, los Agentes del Estado que cometieron delitos en contra de la vida e integridad de los opositores del régimen en el período que abarca el artículo 1° del DL N° 2191.

El Gobierno de Aylwin no cuestionó la Ley de Amnistía de 1978 decretada bajo el gobierno de Pinochet, con el fin de prevenir un castigo por los crímenes atroces de la dictadura. Sin embargo, al cumplirse 41 años del Golpe de Estado en Chile, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció otorgar suma urgencia al Proyecto de Ley que declara la nulidad del DL N° 2191 de 1978⁸¹, el que a la fecha se encuentra en el Primer Trámite Constitucional en el Senado⁸². Dicho proyecto de ley cuenta con un artículo único que reza de la siguiente forma: *“Fijase el sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal y la pena que se establecen en los artículos 93 y 103 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción, o media prescripción, de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al Derecho Internacional, constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes o delitos de guerra, perpetrados por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, durante el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el de marzo de 1990”*⁸³.

⁸⁰ Ver en: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-100720.html>>. Acceso 27.06.2015.

⁸¹ Moción parlamentaria presentada en el Senado de la República el 2 de mayo de 2006 contenida en el Boletín N° 4162- 07. Mediante Mensaje N° 525 de 23 de septiembre de 2014 se hace presente la suma urgencia.

⁸² Ver en: <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10192&prmBL=9773-07>. Acceso 26.06.2015.

⁸³ Ver en: <<http://app.vlex.com/#vid/570385518>>. Acceso 26.06.2015.

En consecuencia, el proyecto de ley pretende adecuar el ordenamiento jurídico vigente para frenar la aplicación de aquellas normas que permiten la impunidad a los violadores de derechos humanos, debido a que actualmente vulnera normas y principios humanitarios del derecho internacional y de los derechos humanos.

Las normas sobre amnistía, prescripción e indulto generan impunidad cuando se trata de violaciones a los derechos humanos básicamente porque constituyen causales de extinción de la responsabilidad penal, que pueden emanar de una renuncia del Estado, o de la sociedad, al *ius puniendi*, de su potestad de castigar ciertos actos que normalmente y legalmente deberían ser castigados. Por esta razón, uno de los objetivos del proyecto de ley es fijar el verdadero sentido y alcance de ciertas causales de extinción de la responsabilidad contenidas en los artículos 93 y 103 del Código Penal, y además propone acotar la aplicación de la denominada prescripción gradual o media prescripción, establecida en el artículo 103 del Código Penal, en el entendido de que en el contexto de los delitos de lesa humanidad, la prescripción, sea ésta total o parcial, favorece la impunidad y rechaza la idea de justicia⁸⁴.

Si bien la Ley de Amnistía de 1978 sigue vigente, los jueces han dejado de aplicarla en los casos concernientes a crímenes de lesa humanidad. Más de 1400 procesos en Chile están en curso o ya concluyeron, siendo la mayoría por crímenes de desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Entre el 2000 y mayo de 2011, 773 miembros o exmiembros de las fuerzas de seguridad de Estado han sido procesados y/o sentenciados por crímenes de derechos humanos, con 245 sentencias firmes confirmadas por la Corte Suprema⁸⁵.

2.3. Respuesta penal a la justicia de transición

La Corte Suprema de Chile expresó durante la dictadura militar una verdadera adscripción ideológica al régimen militar y esto se expresó, en lo estrictamente judicial, en un rechazo sistemático de los Recursos de Amparo⁸⁶ presentados por el Comité Pro Paz y la Vicaría de la Solidaridad y en la aplicación generalizada del Decreto Ley de Amnistía a los casos por violación de los derechos humanos⁸⁷. En consecuencia, la Corte Suprema sostuvo por mucho tiempo que el Decreto de Amnistía N° 2191 impedía cualquier investigación de los crímenes por él alcanzados. Solo después de dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago la posición de la Corte Suprema se volvió un poco más flexible y finalmente en 1998 sostuvo que la amnistía era “inaplicable” –no “inválida”– mientras los autores o las

⁸⁴ Boletín N° 9.773-07.

⁸⁵ BURT, Jo- Marie, *Desafiando a la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina*. en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 323.

⁸⁶ El Glosario Legislativo de la Biblioteca del Congreso Nacional define recurso de amparo como aquella acción que la Constitución concede a toda persona detenida, presa o arrestada con infracción a la Constitución o a la ley, o que sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

⁸⁷ PEREIRA, Pamela, *Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno*. en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 297.

víctimas no hubieran sido identificados; posteriormente esta posición fue confirmada, pero también rechazada⁸⁸, de modo que es justo decir que la Corte es al menos ambigua⁸⁹.

Además se presenta la problemática que ha generado la aplicación sistematizada del instituto de la prescripción gradual a delitos de lesa humanidad considerados imprescriptibles, debido a la magnitud de las graves violaciones a los derechos humanos que provocó la comisión de tales crímenes. En este entender parece del todo ilógico que se utilice la figura de la prescripción gradual, que a nuestro parecer presenta los mismos fundamentos que el instituto de la prescripción⁹⁰, y se aplique precisamente a delitos que son considerados imprescriptibles.

La CIDH se ha referido a la imprescriptibilidad de los delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos, destacando que: “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción [...], a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”⁹¹, y además establece la obligatoriedad de considerarlo de tal forma en el emblemático caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* al manifestar que “aun cuando un Estado no haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, dicha imprescriptibilidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), de manera que dicho Estado no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁹². A pesar de esto, la Corte Suprema chilena ha aplicado en diversos fallos dicha institución, sin considerar el pronunciamiento de la CIDH.

En resumen, y en palabras del profesor GUZMÁN DALBORA⁹³, “el punto de arranque de los fallos, que forman hoy un conjunto relativamente nutrido, ha sido siempre el mismo, a saber, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del decreto ley 2191, de 19 de abril de 1978, así como del instituto de la prescripción de la acción penal a los dolorosos casos de los llamados detenidos-desaparecidos, muchos de los cuales se remontan a las primeras semanas del gobierno militar”.

De todas formas, se han llevado a cabo medidas necesarias para optimizar la justicia chilena en temas referentes a las violaciones ocurridas en la época de la dictadura. Por ejemplo, en el año 2001, el Ministerio de Justicia solicita mediante una petición a la Corte

⁸⁸ Ver, por un lado, *Miguel Ángel Cotreras Sandoval* [17 de noviembre de 2004] sentencia (Corte Suprema Chile), donde la Corte sostuvo que una amnistía está prohibida respecto a crímenes de guerra (par. 34 y 35), y, por el otro, *Secuestro Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Alvarez* [4 de agosto de 2005] sentencia (Corte Suprema Chile) donde la Corte rechazó (otra vez) la aplicación de los Convenios de Ginebra y aplicó la amnistía.

⁸⁹ AMBOS, Kai, cit. (n. 1), pp. 98-100.

⁹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la prescripción en materia penal como aquella que determina “la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores”. IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Artículo 25. Protección Judicial*. en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014), p. 639.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 640.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ GÚZMAN DALBORA, José Luis, cit. (n. 15), p. 209.

Suprema que designe a ministros de Corte de Apelaciones como jueces de primera instancia con “dedicación exclusiva” para investigar los casos de derechos humanos. Realizadas estas designaciones mejoraron cualitativamente las investigaciones, las que fueron avanzando y reabriendo procesos. Incluso, en el año 2005 se reordena este trabajo y se faculta a las Cortes de Apelaciones de regiones para designar ministros investigadores. En el verano de 2011 la Corte Suprema de oficio abrió investigación penal respecto de unos setecientos casos que no contaban con investigación judicial⁹⁴.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de la prescripción gradual por parte de la justicia chilena a los crímenes que versan sobre violaciones de DD.HH, encontramos que en el año 2007 se aplica por primera vez en un fallo el instituto de la prescripción gradual consagrada en el artículo 103 del Código Penal chileno, la que se ubica entre las causas extintivas de responsabilidad penal⁹⁵. La Corte Suprema en este primer fallo concede el beneficio de la prescripción gradual al autor y a los dos encubridores del homicidio calificado de Juan Luis Rivera Matus, por cuanto a su entender, es una institución diversa a la prescripción, que se funda en el supuesto olvido del delito, mientras que la prescripción gradual sería una atenuante de la responsabilidad penal que incide en el *quantum* de la pena. Lo que ha hecho la Corte Suprema, so pretexto de “lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor”⁹⁶, es utilizar la mencionada institución, que permite entender revestido el hecho de dos atenuantes muy calificadas, terminando por sancionar con penas bajas a los encausados y permitiendo, en la mayoría de los casos, la concesión de beneficios que impiden privarlos de libertad⁹⁷. Este criterio no tiene un sustrato de fundamentos jurídicos que lo avalen, pero se ha instalado de una manera sostenida, lo que ha permitido que se dicten sentencias condenatorias con sanciones atenuadas en nuestro país, que en la práctica permite a los condenados cumplirlas en libertad.

Como se dijo, la aplicación sostenida de la prescripción gradual por parte de la Corte Suprema ha marcado la jurisprudencia del último tiempo, sin embargo, no estamos de acuerdo con el razonamiento que se ha sostenido en esta instancia superior, debido a que no nos parece adecuado aplicar la prescripción gradual a crímenes que se consideran imprescriptibles, y además considerar que la disposición del art. 103 del Código Penal chileno tiene naturaleza de una circunstancia atenuante⁹⁸.

⁹⁴ PEREIRA, Pamela, *cit.* (n.87), pp. 300-301.

⁹⁵ Art. 103. Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol n°: 3808-06, de fecha 30 de julio de 2007.

⁹⁷ FERNÁNDEZ NEIRA, Karina; SFERRAZZA TAIBI, Prieto, “La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 7 (2009), 1, p. 230.

⁹⁸ En este sentido su fundamento se encuentra más allá de los criterios políticocriminales sobre la necesidad de la pena, hallándose en los pilares del propio ordenamiento jurídico penal: la seguridad jurídica impuesta por exigencias del principio de humanidad, que se proyecta en la extinción de la responsabilidad penal, imponiendo la prescripción como imperativo de respeto a la dignidad del hombre. GIRAO MONTECONRADO,

De tal forma, podemos observar que entre julio del 2007 y diciembre del 2010 el máximo tribunal ha pronunciado un total de 84 sentencias relacionadas con la desaparición, homicidio, torturas e inhumación ilegal de más 215 víctimas. En 56 fallos se declararon gradualmente prescritos los delitos de homicidio y secuestro perpetrados por el Estado. Dichos fallos dieron origen a 200 condenas que involucraron un total de 133 agentes de la dictadura; en 33 casos se impuso a los responsables penas inferiores o iguales a 3 años de privación de libertad; en 128 oportunidades condenó a penas que estuvieron entre los 3 años y un día y 5 años de presidio; en 25 ocasiones fijó penas superiores a 5 años e inferiores a 10 años y un día, y 14 veces estableció penas superiores a 10 años⁹⁹.

Desde enero a octubre de 2014 la Excelentísima Corte Suprema ha dictado sentencia condenatoria en 21 causas en las que se investigó desapariciones forzadas, ejecución extrajudicial y casos de torturas. En todos estos procesos, el máximo tribunal ha sostenido la aplicación de la prescripción gradual en su línea jurisprudencial¹⁰⁰.

3. Análisis comparativo entre Brasil y Chile

La experiencia demostrada en algunos países de América Latina es que en ninguno de los países en que ocurrieron juzgamientos penales por violaciones a los DD.HH existió un retroceso democrático. En la mayoría de estos países, además de la persecución penal coexistieron otros mecanismos de la justicia de transición, tales como las Comisiones de Verdad, los cuales no impidieron una transición democrática, sino que más bien con el pasar de los años debilitaron las fuerzas que apoyaban a la dictadura militar, de lo que podemos concluir que la aplicación de mecanismos transicionales es directamente proporcional al fortalecimiento de una cultura democrática de respeto a los derechos humanos¹⁰¹.

Abordada la respuesta penal tanto del caso chileno como del brasileño, podemos desprender que Chile ha avanzado significativamente en comparación con Brasil, que permanece aparentemente impermeable aún a la cascada jurídica, en el sentido de que no ha existido una verdadera respuesta penal para los crímenes que atentaron contra los derechos humanos en la época dictatorial¹⁰².

Fabiola, *La imposibilidad de aplicación de la prescripción gradual a los crímenes imprescriptibles en razón de su fundamento* (trabajo inédito).

⁹⁹ Cifras obtenidas del estudio realizado por Karrinna Fernández Neira sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema entre el 2007 al 2010. FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, “La jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena frente a las graves violaciones contra los derechos humanos”, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 3 (2009-2010), p. 281.

¹⁰⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los derechos humanos en Chile: Informe anual 2014* (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014), p. 285.

¹⁰¹ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, cit. (n. 20), pp. 64-65.

¹⁰² En este sentido José Carlos Moreira señala que “según informaciones obtenidas en investigaciones, Brasil logró la impresionante marca de ser casi el único país (junto a Guayana) que no realizó juzgamientos por violaciones a los derechos humanos”, además instauró tardíamente la Comisión de la Verdad. MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, cit. (n. 20), p. 64.

Fundamentalmente la Ley de Amnistía de 1979 ha sido una institución fuertemente utilizada para bloquear el inicio y consecución de los juicios criminales en el país. Esto ha ocurrido en América Latina, en el sentido de que las Leyes de Amnistía se han identificado más con el concepto de impunidad que con el de reconciliación¹⁰³. Además la transición brasileña optó por un modelo reparador, en el que asumió y privilegió la adopción de medidas de indemnización, rehabilitación y no repetición inmediatamente después de la consolidación democrática. Por consiguiente la reparación fue el único derecho de transición que las víctimas lograron garantizar jurídicamente a través de las presiones sociales durante el proceso constituyente¹⁰⁴. Algunos autores han concordado en que el programa de indemnizaciones impartidas en este país es hoy uno de los más exitosos en el mundo, y cuenta con amplias redes sociales y mecanismos de reparación social, simbólica y colectiva¹⁰⁵.

En el caso de Chile se han logrado grandes avances en materia de reparación, por ejemplo, se aprobó por ley el otorgamiento de pensiones, calculadas sobre la base del ingreso promedio de una familia chilena, para todos los familiares de las personas asesinadas o desaparecidas, así como becas para sus hijos. La ley reconoció la calidad de titulares de reparación al cónyuge, a la madre y a falta de ésta al padre. También reconoció a los hijos discapacitados o que fueran menores de 25 años, y a la madre de hijos nacidos fuera del matrimonio, lo que demuestra un avance considerable en materia de reparación.

Respecto a las reformas constitucionales, podemos sostener que es lamentable que, en el caso de Brasil, al lograr una nueva Constitución en 1988, los movimientos sociales se hayan alejado de sus pautas políticas, concentrándose de esta forma cada uno en sus propios lineamientos, perdiendo poco a poco el sentido de lucha que los llevó a lidiar por el establecimiento de una nueva Constitución¹⁰⁶. Por el lado de Chile no encontramos una nueva Constitución creada en democracia, sino que más bien la actual Constitución se originó en el seno del régimen militar. De todas maneras “el caso chileno suele ser considerado como uno de los ‘casos clásicos’ de la fase moderna de justicia de transición, entendida como la realización de esfuerzos para manejar el legado de violaciones masivas a los DD.HH a través de medidas en las áreas de verdad, justicia, reparaciones y garantías de no-repetición”¹⁰⁷.

El trabajo de la justicia chilena en un comienzo fue frenado por la aplicación prolongada de la Ley de Amnistía, debido a que la Corte Suprema la aplicaba de manera sistemática a todos aquellos delitos que hubieran sido cometidos en la época de la dictadura militar. No obstante, en 1993 el Juez de Letras de Lautaro enraizó una de las excepciones más significativas al condenar a dos suboficiales de Carabineros y a un civil, desechando las excepciones de amnistía y prescripción en base a la naturaleza permanente de los

¹⁰³ NORRIS, Robert, “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal”, en *Revista IDDH* 27 (1992), p. 47. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>

¹⁰⁴ ABRÃO, Paulo; D. TORELLY, Marcelo, cit. (n. 49), pp. 480-494.

¹⁰⁵ Esta postura la mantienen Paulo Abrão y Marcelo D. Torelly. *Ibíd*, p. 516.

¹⁰⁶ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, cit. (n. 20), p. 64.

¹⁰⁷ COLLINS, Cath, “Chile a más de dos décadas de justicia de transición”, en *Revista de Ciencia Políticas Constitucionales*, 51 (2013), 2, p. 80.

delitos¹⁰⁸. De esta forma, y con el paso del tiempo tomó un vuelco su aplicación¹⁰⁹ en el que incluso la Corte Suprema acogió casaciones que cuestionaban la aplicación del DL fundamentándose en lo estipulado en los Convenios de Ginebra, decretando así la continuación de las investigaciones¹¹⁰. El hecho de que se realicen en Chile algunos juzgamientos por los crímenes cometidos durante la época que abarca la Ley de Amnistía de este país, se debe al hecho de que se califiquen algunos delitos como continuados, y no precisamente por la derogación de la ley¹¹¹.

La aplicación sistemática de la amnistía y de la prescripción en Chile generan impunidad a los autores de los graves crímenes cometidos, al mismo tiempo el hecho de que las condenas que se imponen a los responsables puedan ser cumplidas en libertad generan impunidad en el sistema, “lo que se traduce en que la respuesta que el Estado de Chile está otorgando a la comisión de estos crímenes es en esencia errónea e importa una infracción de las obligaciones internacionales, al buscar sancionar con penas ficticias a los responsables de dichos crímenes; la única forma de que la finalidad perseguida por la penalidad de estos crímenes, que no es otra que ‘el nunca más’ se cumpla, consiste en que la pena se adecúe a la proporcionalidad del crimen cometido”¹¹², situación que no está ocurriendo en la jurisdicción chilena¹¹³. A pesar de esto, si comparamos con lo que sucede en Brasil, en donde el desarrollo de la persecución penal es casi nulo, se hace sumamente valorable que en Chile sí se investigue y se sometan los casos a conocimiento de los tribunales, a pesar de que las condenas a dichos crímenes no sean las esperadas por las víctimas¹¹⁴. No obstante, el panorama está lejos de ser perfecto. Los juicios penales en caso de violaciones graves a los derechos humanos son lentos por naturaleza. Estos juicios pueden sufrir ciertas manipulaciones en general, y su investigación se hace compleja, ya que por lo general son crímenes que se cometieron de forma reservada y hace muchos años atrás, lo que puede implicar en una falta de testigos fehacientes para llevar a cabo las investigaciones necesarias de los casos¹¹⁵.

Importante es destacar el hecho de que en Chile tuvieron una participación importantísima las Comisiones de Verdad y Reparación, que fueron creadas al comienzo de

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, SFERRAZZA TAIBI, Prieto, cit. (n. 97), p. 265.

¹⁰⁹ El vuelco significativo ocurre en 1998, en el que se modifica la composición de la segunda sala penal de la Corte Suprema.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, cit. (n. 99), p. 267.

¹¹¹ Recordemos que en el Senado de la República de Chile se encuentra un proyecto de ley para adecuar el ordenamiento jurídico vigente respecto a la Ley de Amnistía. Contendida en el Boletín N° 4162-07.

¹¹² FERNÁNDEZ NEIRA, Karina; SFERRAZZA TAIBI, Prieto, cit. (n. 97), p. 311.

¹¹³ De interés para contrastar esta opinión es en MALARINO, Ezequiel, cit. (n. 8), p. 292. En el que afirma que “las experiencias de muchos países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos, como sucedió, por ejemplo, en España en relación con los crímenes del franquismo y en Italia con los crímenes nazi-fascistas, muestran que la ausencia de punición no fue un obstáculo para la pacificación y la reconciliación”.

¹¹⁴ En este sentido encontramos la opinión de Juan E. Méndez al señalar que “La Comunidad internacional debería reconocer el mérito de que, aun con dichas limitaciones objetivas, la sociedad chilena haya logrado un alto grado de responsabilización, pero no hay por qué convertir una necesidad en una virtud”. En: MÉNDEZ, Juan, *Responsabilización por los abusos del pasado*. en REÁTEGUIL, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, 2011), p. 214.

¹¹⁵ BURT, Jo- Marie, cit. (n. 85), pp. 336-337.

la vuelta a la democracia por el nuevo gobierno democrático de Patricio Aylwin, en contraposición al caso de Brasil, en el que su informe sólo fue conocido treinta años después del fin de la dictadura¹¹⁶. Este elemento lo consideramos determinante en el proceso transicional brasileño, el que como ya hemos dicho se ha caracterizado por la ausencia de juicios penales, debido a que la información que lograron manejar las Comisiones de Verdad y Reparación sirvieron sustancialmente en las investigaciones realizadas en los juicios penales, y fueron de gran aporte para que los familiares de las víctimas y grupos organizados de DD.HH pudieran dar inicio a las causas criminales o simplemente pudieran conocer la verdad de los hechos que habían acontecido con los desaparecidos en manos de la cruel dictadura de la época.

Sobre esta base logran generar un recuento exhaustivo de las violaciones durante el período que se le encargó investigar. A su vez, están en capacidad de aclarar lo que sucedió, no solo en casos individuales sino en el contexto más amplio en que ocurrieron las violaciones. En este sentido compartimos la opinión de GUZMÁN DALBORA¹¹⁷ al señalar que “nunca una sentencia o una batería de sentencias judiciales podría procurar el horizonte de cogniciones suministrado por comisiones de verdad y reparación, ya que la tarea supera con mucho los deberes y posibilidades de un juez”, por lo que de alguna u otra forma la ausencia de estas en épocas tempranas imposibilitó conocer la verdad de lo ocurrido en Brasil e influyó en la ausencia de sanciones penales a los militares brasileños. Sin embargo, debemos recordar que el Gobierno brasileño sí ha creado comisiones de reparación con anterioridad a la creación de la Comisión de Verdad, y que dichas comisiones contaban con facultades de reparación a través de la búsqueda de documentos y el esclarecimiento de la verdad, nos referimos a la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos y la Comisión de Amnistía.

Evidentemente el proceso transicional en Brasil evolucionará con mayor rapidez ahora con la entrega del informe final de la Comisión Nacional de la Verdad, puesto que trae consigo una mayor claridad de los hechos ocurridos y una mayor identificación de las víctimas, lo que sin duda contribuirá al fortalecimiento de los derechos de verdad y de memoria que toda sociedad merece después de haber vivido una época tan oscura y en la que se cometieron reiteradamente graves crímenes. Probablemente, esto llevará a un fortalecimiento de la justicia transicional en el país, mediante la información y los antecedentes que resurgirán de su informe.

Otro factor determinante en este punto, y sin querer ahondar más allá del ámbito político y sociocultural de los países en cuestión, es la manera en que la sociedad brasileña vivió y recuerda la dictadura militar. A diferencia de lo que ocurre en Chile, los brasileños no hacen estos asuntos parte de su vida cotidiana, sino que más bien lo dejan en la esfera del pasado y del olvido, y en consecuencia podemos ver que los intentos de reformas constitucionales y sobre todo la reinterpretación de la Ley de Amnistía son iniciativas llevadas por órganos públicos o federales, pero no son iniciativas que nazcan del pueblo o de organizaciones populares, como sí se ha presentado en el caso chileno, en el que para

¹¹⁶ Recordemos que la Comisión Nacional de la Verdad se instaura el 18 de diciembre del 2011 y emite su informe final el 10 de diciembre del 2014.

¹¹⁷ GUZMÁN DALBORA, José Luis, cit. (n. 15), p. 231.

cada conmemoración del Golpe Militar la sociedad se hace presente de distintas maneras. En suma esta diferencia se debe a los distintos factores que marcaron cada una de las dictaduras. Solo a modo de ejemplo y sin querer profundizar en este ámbito, podemos señalar en primer lugar la época en que ocurrió cada una de las dictaduras. En segundo lugar, el hecho de que en Chile si existió la declaración de Estado de Sitio en la época militar y además contó con toque de queda, las cuales fueron medidas drásticas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas y sin duda marcaron a la población y a las generaciones venideras.

En definitiva, podemos decir entonces que las medidas transicionales en Brasil se producen más lentamente que las de los países vecinos como son el caso de Argentina y de Chile¹¹⁸, pero esto no va en contra de la pertinencia de la adopción de tales medidas en un clima político en el que ellas se vuelvan políticamente posibles.

En general, podemos expresar que ninguno de los países ha logrado un acabado avance en materia de justicia transicional, lo que se debe a que en los países en estudio existen aún muchas medidas por ser adoptadas y llevadas a cabo por los gobiernos. De todas formas, del análisis comparativo realizado podemos concluir que Chile ha actuado con mayor celeridad en materia de derechos humanos, logrando un mayor avance en cuanto al fortalecimiento de su justicia transicional, a diferencia del caso de Brasil, en que como hemos señalado con anterioridad demuestra ser un caso de transición que actúa de manera paulatina, y no sólo por el hecho de no ofrecer ninguna condena a los autores de los crímenes, sino que también por demorar tantos años en la creación de su Comisión de Verdad y no fortalecer de esta manera el derecho a la verdad, así como tampoco el derecho a la memoria, porque como señalamos en el primer capítulo, y a diferencia de Chile, no cuenta con un Museo a la Memoria en homenaje a los desaparecidos y detenidos en manos de la represión institucionalizada de la época dictatorial.

Sin embargo, adherimos a la postura de que no es necesario un enjuiciamiento criminal para lograr paz y reconciliación en cada Estado. En esta línea seguimos a Ezequiel MALARINO que afirma que “las experiencias de muchos países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos, como sucedió, por ejemplo, en España en relación con los crímenes del franquismo y en Italia con los crímenes nazi-fascistas, muestran que la ausencia de punición no fue un obstáculo para la pacificación y la reconciliación”¹¹⁹, ya que el Derecho Penal no puede ser la única herramienta para lograr salvaguardar la paz, la reconciliación, la verdad, la memoria y obtener medidas de reparación por los crímenes que cometidos en dichas épocas.

De todos modos, a nuestro juicio sí es necesario que se realicen reformas sustanciales a las actuales legislaciones en ambos países, que permitan llevar a cabo avances significativos en materia de derechos humanos, y así poder materializar la tan anhelada frase “Nunca más”.

¹¹⁸ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D., cit. (n. 49), p. 519.

¹¹⁹ MALARINO, Ezequiel, cit. (n. 8), p. 292.

El siguiente cuadro resume algunas comparaciones realizadas a lo largo de este trabajo, de manera de aclarar ciertas diferencias en los casos en estudio, es decir el caso de Brasil y el caso de Chile¹²⁰.

Características	Brasil (1964-1985)	Chile (1973-1990)
Declaración de Estado de sitio en la época del Golpe militar	NO	SI
Suspensión de partes de la antigua Constitución	SI	SI
Promulgación de una nueva Constitución	SI	SI
Reformas realizadas a la Constitución promulgada en el régimen militar	NO: Nueva constitución aprobada en 1988	SI: Reformas sustanciales realizadas en 1990 y el 2005
Tribunales militares totalmente segregados de los tribunales civiles	NO	SI
Habeas corpus para casos políticos	1964-1968 1979- 1985	NO
Destitución de miembros de la Corte Suprema	Algunas remociones y aumento de número de jueces	NO
Anulación de la auto amnistía militar	NO	Selectiva
Líderes del régimen militar juzgados	NO	SI
Otros responsables llevados a juzgamientos	NO	SI
Comisiones de la Verdad oficiales	SI	SI
Indemnización a las víctimas	SI	SI

¹²⁰ Cuadro realizado por la autora con información desprendida de todo el trabajo, y principalmente extraída de TORELLY, Marcelo D., cit. (n. 5), pp. 122-124.

CAPÍTULO III.- LA PROBLEMÁTICA GENERADA A PARTIR DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado de Brasil y al Estado de Chile

La CIDH se ha manifestado sobre las situaciones esgrimidas con anterioridad en ambos países. Observaremos, por lo tanto, dos emblemáticos fallos sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas tanto en Brasil como en Chile, en que estos países han sido condenados por parte de la Corte. Por un lado, se presenta el caso Gomes Lund y Otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, y por el lado de Chile el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

Importante es señalar que Brasil es parte de la CADH desde el 25 de septiembre de 1992, y reconoció la competencia contenciosa de la CIDH el 10 de diciembre de 1998. En lo que se refiere a las decisiones obtenidas en las sentencias de la Corte, éstas no deben ser homologadas internamente, y en el caso de ser condenado al pago de una indemnización pecuniaria se regirán por el derecho interno del país, por lo que poseen la calidad de título ejecutivo y deben tener aplicación inmediata¹²¹.

Por el otro lado, Chile es parte de la CADH desde el 21 de agosto de 1990, mismo día en que reconoció la competencia contenciosa de la CIDH. En el mismo momento declaró que reconocía la competencia de la Corte, conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la Convención y solamente respecto a los hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Sin embargo, las normas de más alta jerarquía del país no se pronuncian sobre el derecho internacional general¹²², a pesar de que la Corte entiende que si un Estado es parte de la Convención tiene el deber de seguir su jurisprudencia para resolver conflictos internos. Lo anterior se conoce con el nombre de control de convencionalidad¹²³.

¹²¹ ALFONSO, César, *La obligatoriedad de las decisiones de las Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur*. en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010), pp. 68-69.

¹²² En opinión de Guzmán Dalbora “se obtiene un mosaico algo abigarrado, desconcertante y hasta esquizofrénico en la relación entre el derecho interno y el internacional a propósito del cumplimiento de los ordenado a Chile por los órganos interamericanos de derecho del hombre”. En: GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El caso de Chile*. en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, III (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010), p. 160.

¹²³ Así lo ha manifestado la Corte en el caso *Almonacid Arrellano vs. Chile* en el que en el considerando 124 de la sentencia afirma que “la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

1.1. Caso Gomes Lund y otros (*Guerilha do Araguaia*) vs. Brasil

De igual importancia, encontramos en el año 2010 el pronunciamiento que realiza la CIDH en el caso Gomes Lund y otros (*Guerilha do Araguaia*) vs. Brasil¹²⁴, en el que el Estado brasileño fue condenado por el desaparecimiento de aproximadamente 70 víctimas en la región Norte del país durante la dictadura militar. El origen de este proceso comienza en marzo de 1982, cuando veintidós familiares de desaparecidos políticos interponen una acción frente a la Justicia Federal brasileña con el fin de obtener información sobre las circunstancias del desaparecimiento de sus familiares, y además solicitaban tener acceso a los cuerpos de dichos desaparecidos. La demanda se arrastró por décadas, y sólo en el año 2005 fue elevada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por iniciativa de la Unidad Brasileña de la organización no gubernamental Central por la Justicia y Derecho Internacional (CEJIL- Brasil) y por el *Human Rights/Americas*¹²⁵.

Las desapariciones del caso habían ocurrido hacía más de 30 años, época en la que el crimen no había sido expresamente establecido en el derecho brasileño¹²⁶. No obstante, la Corte declaró responsable al Estado por las desapariciones forzadas y exigió la persecución y la sanción de los perpetradores. La Corte estimó necesario enfatizar que, “a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8º y 25 de la Convención”¹²⁷, además hizo hincapié que “una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos, puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos”¹²⁸.

En consecuencia, la decisión internacional impuso al Estado brasileño el deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en el periodo dictatorial, determinar el paradero de las víctimas desaparecidas y, si fuese el caso, identificar y entregar los restos mortales a sus familiares. También determinó adoptar todas

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

¹²⁴ CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerilha de Araguaia) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acceso: 02.07.2015.

¹²⁵ QUINALHA, Renan Honório, cit. (n. 7), p. 24.

¹²⁶ ANTKOWIAK, Thomas, *Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad*. en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014), p. 261.

¹²⁷ CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerilha de Araguaia) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010.párr. 173, p. 65. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acceso: 02.07.2015.

¹²⁸ Ibid.

las acciones que garanticen el efectivo juzgamiento, y si concurren los supuestos, punir a los responsables de los crímenes mediante los mecanismos existentes en el derecho interno del país. Además el Estado debe continuar desarrollando iniciativas para la búsqueda de la verdad, y publicar toda la información pertinente que sea conocida sobre la *Guerrilha do Araguaia*, así como toda la información relativa a los derechos humanos.

1.2. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile

En el fallo denominado caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la CIDH se presenta latente e inquietante acerca de la situación de la Ley de Amnistía en el país. Los hechos del caso ocurrieron en 1973, cuando Luis Alfredo Almonacid Arellano fue detenido y ejecutado por miembros de Carabineros de Chile. Se inicia la investigación de los hechos en octubre de 1973 ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua, y la causa fue sobreseída temporalmente al año siguiente. En noviembre de 1972 la viuda del señor Almonacid presentó una querrela criminal ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua solicitando la reapertura de la causa. Pocos meses después el Fiscal militar presentó un incidente de competencia ante la Corte Suprema de Justicia, la que declaró que el sistema de justicia militar era competente para seguir conociendo sobre el asunto. En enero de 1997 el Segundo Juzgado Militar de Santiago sobreseyó la causa en aplicación del DL N° 2191, sentencia que fue confirmada por la Corte Marcial¹²⁹. El 15 de septiembre de 1998 Mario Márquez Maldonado y Elvira del Rosario Gómez Olivares presentaron una petición ante la Comisión Interamericana, la que declaró admisible la petición el 9 de octubre de 2002. Se concluyó que el Estado violó los derechos consagrados en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con los arts. 1.1 y 2 la misma, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, y realizó una serie de recomendaciones. Ante la falta de información del Estado sobre la implementación de las recomendaciones, la Comisión sometió el caso a conocimiento de la CIDH a través de una demanda el 18 de Julio de 2005.

La Corte señaló en el texto del fallo el 26 de septiembre de 2006, que el DL N° 2191 conduce “a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado”¹³⁰. Por esta razón es que concluye que dicho DL no puede continuar siendo un obstáculo para lograr una real y eficaz investigación de los crímenes cometidos en la época que consagra la normativa, y tampoco debe dificultar la identificación y el castigo de los responsables.

Asimismo se pronunció acerca de la falta de legitimidad del DL, caracterizándolo como una norma de “autoamnistía”, lo que se funda en su *ratio legis*, por amnistiar los

¹²⁹ IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 11 (2013), 1, pp. 278-279.

¹³⁰ CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, pp. 51-52. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acceso 01.07.2015.

graves hechos delictivos contrarios al derecho internacional cometidos por el régimen militar. En razón de que las autoamnistías conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, debido a que obstaculizan la identificación de los autores y, por lo tanto, impiden una correcta investigación de los hechos, por lo que limitan el acceso a la justicia.

En el fallo la Corte obliga al Estado chileno a asegurar que el DL no continuará siendo una obstrucción para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables. Así lo establece al señalar que “la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando Leyes de Amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”¹³¹. Consideró, además, “que si bien era un adelanto significativo el hecho de que las Leyes de Amnistía en Chile no estuviesen siendo aplicadas, este hecho no era suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹³²; “en primer lugar porque dicho precepto impone una *obligación legislativa* de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”¹³³.

Es destacable de este fallo el intento que realiza por fundar la prohibición de las amnistías y de la prescripción sobre la base del derecho internacional general.

En razón de los pronunciamientos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que se hace necesario ahondar en el tema de las Leyes de Amnistía, la retroactividad de la ley penal y la importancia de la calificación de los delitos de lesa humanidad que fueron anteriormente considerados delitos comunes por el ordenamiento jurídico de cada país, tomando como referencia siempre los casos de estudio de esta investigación, como sabemos los casos de Chile y el caso de Brasil, básicamente porque los familiares y víctimas de derechos humanos buscaron justicia en sus propios países, pero frente al vacío que encontraron debieron acudir junto a organizaciones de derechos humanos a instancias internacionales para alcanzar soluciones al respecto.

2. Análisis de los principales aspectos problemáticos en las decisiones de la CIDH

¹³¹ CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, pp. 50. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acceso 01.07.2015.

¹³² Artículo 2°: Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹³³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*. en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014), p. 83.

2.1 El problema de la (in) validez de las Leyes de Amnistía

Encontramos que en el marco de estudio, y en las épocas post conflictuales que hemos abordado, se dictaron en los países de América Latina Leyes de Amnistía que limitaron la posibilidad de investigar, juzgar, condenar y reparar de alguna u otra forma el daño causado a las víctimas de las graves violaciones a los DD.HH. Por esta razón la institución de la Ley de Amnistía es una problemática en los debates de justicia transicional. Esto se debe a que las leyes de amnistía se encuentran consagradas en el ordenamiento interno de cada país. Por ejemplo, en el caso de Chile la amnistía es una causal de extinción de la responsabilidad penal consagrada en el numeral 3° del art. 93 del Código Penal¹³⁴.

La amnistía “corresponde a la forma más amplia de ejercicio del derecho a gracia, el que la comunidad se otorga a sí misma, a través de sus representantes en el Congreso Nacional”¹³⁵, por lo que “el otorgamiento de una amnistía puede interpretarse como una renuncia estatal, directa o indirecta, a la materialización de una pretensión punitiva relativa a un determinado conjunto de hechos delictivos, que extingue la responsabilidad jurídico-penal de aquellas personas a quienes son imputables los hechos respectivos. La fuerza distintiva de la institución de la amnistía, por ende, consiste en relativizar el carácter irrestricto de la exigencia de la punición por razones de justicia retributiva”¹³⁶.

Entonces nos cuestionamos en qué momento la consagración de una institución de tal importancia, y que tiene por fundamento “facilitar la pacificación de una comunidad cuya vida humana hubiese atravesado un período de grave turbulencia política y social”¹³⁷, se puede deformar y ser utilizada en beneficio –en este caso de los líderes de las dictaduras militares– para impedir que sean castigados crímenes cometidos en el pasado, como son las torturas, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y violaciones, lo que priva a las víctimas y sus familiares de ejercer su derecho a la verdad, memoria, justicia y reparación.

Frente a este cuestionamiento, y los pronunciamientos realizados por la CIDH, es que surge un debate sobre la naturaleza política y legal de las Leyes de Amnistía. Por una parte, se afirma que las Leyes de Amnistía son necesarias para lograr la pacificación y reconciliación nacional, y que de no aprobarse dichas leyes, se pondría en riesgo la continuidad del sistema democrático o no se alcanzaría una paz duradera¹³⁸, postura a la cual adherimos. Mientras que por otra parte, están quienes sostienen que la justicia es un

¹³⁴ Art. 93. La responsabilidad penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

¹³⁵ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*² (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 573-574.

¹³⁶ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía* (Santiago, Flantes indiano, 2010), p. 109.

¹³⁷ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia, cit. (n. 135), pp. 573- 574.

¹³⁸ Esta postura se enmarca dentro de quien prefiere el logro y la conservación de la paz frente a la pena y el derecho penal, en el entendido que el ideal de castigo pierde fuerzas en situaciones límites en las cuales la punición pondría en riesgo la paz y con ello la vida y los derechos esenciales del ciudadano, por lo que dicho idealismo en este contexto no es otra cosa que un idealismo por la pena al costo de la paz. Ver para un mayor estudio a MALARINO, Ezequiel, cit. (n. 8), p. 291.

pilar fundamental en la democracia de un país, y que ésta vería afectada si no se resuelven con justicia las graves violaciones de los derechos humanos¹³⁹, y no mediante leyes que lleven al perdón generalizado o actúen como elementos amnésicos.

2.1.1 Clasificación de las Leyes de Amnistía

Respecto de este debate, es que podemos observar distintos tipos de Leyes de Amnistía, que podemos clasificar de la siguiente manera:

En primer lugar, distinguimos entre amnistías absolutas y amnistías condicionadas. Las amnistías absolutas, que generalmente son inadmisibles, se han caracterizado en su forma más extrema como “amnistías amnésicas”, dado que “su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación”¹⁴⁰. Estas entrarían en el primer modelo de justicia transicional, establecido en el capítulo primero¹⁴¹. Dentro de las amnistías absolutas se encuentran las llamadas amnistías de compromiso, que son el resultado de “un compromiso político para poner fin a un conflicto violento o facilitar un proceso de transición”¹⁴².

En segundo lugar, y dentro de esta clasificación, intermedian las leyes de autoamnistía, que “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad; ellas impiden la identificación de los autores obstruyendo la investigación y el acceso a la justicia; e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”¹⁴³. El ejemplo clásico a nivel doctrinal de este tipo de amnistías es la Ley de Amnistía de Chile consagrada en el DL N.º 2191 del 19 de abril de 1978, en el que se concedió en su art. 1 “*amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973, y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidos a procesos de condena*”. De esta forma, el perdón y el olvido fue generalizado en Chile, por lo que el DL cabe dentro del supuesto anterior, y en consecuencia debe ser privado de todo efecto jurídico. Esto último también lo ha manifestado la CIDH al señalar que “dada su naturaleza el Decreto Ley n.º 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”¹⁴⁴.

¹³⁹ CANTON, Santiago, *Leyes de amnistía*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), p. 266.

¹⁴⁰ AMBOS, Kai, cit. (n. 1), p. 86.

¹⁴¹ Esta amnistía cabría dentro del primer tipo de modelos transicionales que presenta Rodrigo Uprimy denominado perdones “amnésicos” donde no se contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas, facilitando de esta forma las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido. En: UPRIMY, Rodrigo, cit. (n. 3), pp. 23-25.

¹⁴² AMBOS, Kai, cit. (n. 1), p. 86.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 90.

¹⁴⁴ CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 52. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acceso 24.07.2015

Siguiendo nuestra distinción entre amnistías absolutas y condicionadas, Kai AMBOS expone que una amnistía condicional “es una amnistía que –a diferencia de una amnistía absoluta– no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario (s)”¹⁴⁵. Una amnistía condicional normalmente se encuentra acompañada de otros mecanismos existentes en la justicia transicional, a saber, las Comisiones de Verdad y Reparación, por lo que pueden ser admisibles por parte de los Estados bajo determinadas circunstancias, por eso dependerá del contexto y las circunstancias en que se origine la respectiva ley.

Una segunda clasificación es entre amnistías propias e impropias, dependiendo de cuál sea la oportunidad procesal de su aplicación. Las amnistías propias tienen lugar antes de que se pronuncie la sentencia firme, y es causal de extinción de la acción penal, mientras que las amnistías impropias intervienen pasada la fase de investigación y cuando ya se han determinado a los responsables del delito, en consecuencia dicha ley viene a extinguir la pena¹⁴⁶. La distinción es importante, puesto que la amnistía propia importa una renuncia del Estado a la persecución de los delitos de que se trate, tiene un carácter procesal, y no otorga derecho personal alguno. Por el contrario, la amnistía impropia otorga un derecho personal al beneficiado, porque se otorgará a personas determinadas una vez condenado.

2.1.2. Problemática generada a partir de la Ley de Amnistía

Podemos afirmar que la CIDH se ha declarado reacia y contraria a la aplicación de la Ley de Amnistía a los complejos escenarios de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Sentó esta línea jurisprudencial en el año 2001 en el caso Barrios Altos contra Perú, en el que declaró sin efectos jurídicos a dos Leyes de Amnistía peruanas al considerar “que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁴⁷, por lo que esta sentencia se ha transformado en un caso emblemático y punto de partida respecto a la no admisibilidad de Leyes de Amnistía. En este entendido es que la Corte ha reiterado este postulado en otros fallos sobre violaciones de derechos humanos, dentro de los cuales encontramos el emblemático caso que condenada al Estado de Chile.

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* la CIDH figuró a la Ley de Amnistía chilena de inadmisibles e inválidas, al constituir una autoamnistía –que concede amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos desde el 11 de septiembre de 1973

¹⁴⁵ AMBOS, Kai, cit. (n. 1), p. 104.

¹⁴⁶ PAÚL LATORRE, Adolfo, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*² (Santiago, Maye Ltda., 2014), p. 90.

¹⁴⁷ CORTE IDH, *Caso Barrios Alto vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, p. 15. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acceso 27.07.2015

al 10 de marzo de 1978— y que fue emitida por el propio régimen militar, por lo que viola la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴⁸. Por su parte, en el Caso Gomes Lund y otros (*Guerilha de Araguaia*) vs. Brasil, declaró que es irrelevante si se trata de una amnistía o autoamnistía, porque de todas maneras sostiene la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención Americana en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto violan los derechos allí establecidos.

En definitiva, y en palabras de GUZMÁN DALBORA, “todas las disposiciones legiferantes dictadas entre 1973 y 1990 debieran ser objeto de revisión, una por una, en un Parlamento futuro que decida lo que debió hacerse ya en 1991, esto es, a cuáles se reconoce valor como derecho y a cuáles no. Mientras esto no ocurra, continuarán las voces y los subterfugios pseudocientíficos en defensa de la amnistía¹⁴⁹”.

Un ejemplo emblemático en América Latina, y que nos gustaría mencionar, es lo ocurrido en Uruguay, en donde la Ley de Amnistía se dictó en los primeros años del retorno a la democracia luego de la dictadura militar, que se desarrolló durante los años 1973 a 1985. El Parlamento Uruguayo aprobó el 22 de diciembre de 1985 la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, y dicha Ley fue respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones. La primera a través de un referéndum popular el 16 de abril de 1989, y la segunda en un plebiscito realizado junto a las elecciones nacionales Uruguayas del 25 de octubre de 2009.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1992 emitió un informe en el que concluye que las Leyes de Amnistía, al privar a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal que permita individualizar y sancionar a los responsables, son incompatibles con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo articulado¹⁵⁰. De la misma manera, el año 2010 la Corte se pronunció al respecto en el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde determinó que el hecho de que una ley haya sido aprobada democráticamente, como sucedió en Uruguay, la que además fue revalidada dos veces por la ciudadanía, no la legitima ante el derecho internacional, debido a que la legitimación internacional está directamente supeditada al cumplimiento de los límites impuestos por los tratados de derechos humanos, y que dicha decisión aunque provenga de la mayoría es incompatible con las normas internacionales, por consiguiente no será legitimada por el derecho internacional¹⁵¹.

Respecto a este caso, es interesante cuestionarnos los alcances que pueden llegar a tener las decisiones de la Corte, y el poder de decisión que puede influenciar en un país, ya

¹⁴⁸ DONDE MATUTE, Javier, *El concepto de impunidad: Leyes de Amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AMBOS, Kai; Malarino, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010), p. 283.

¹⁴⁹ GUZMÁN DALBORA, José Luis, cit. (n. 122), p. 157.

¹⁵⁰ CANTON, Santiago, cit. (n. 139), pp. 266-277.

¹⁵¹ CORTE IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, p. 69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acceso 27.07.2015.

que a pesar de que la ciudadanía revalidó en dos oportunidades su propia Ley de Amnistía, la Corte de igual forma no la legitima ante el Derecho Internacional.

Ahora bien ¿Por qué nace como objeto de este estudio comparar la respuesta penal de los Casos de Brasil y de Chile, tomando como referencia las decisiones obtenidas de la Corte Internacional de Derechos Humanos respecto a la Ley de Amnistía en ambos países?

Básicamente la dificultad de lograr una respuesta penal en el Caso de Brasil se debe a la postura que sostiene el Supremo Tribunal del país, al mantener vigente la ley y negarse a realizar una nueva interpretación de esta misma a la luz de la promulgación de la nueva Constitución de 1988, debido a que el Supremo Tribunal Federal encuentra en la amnistía un acto jurídico originario, creador de un nuevo orden político que para cuya viabilidad es necesario ignorar sucesos del pasado. Por esta razón la *Arguicao* presentada por la Orden de Abogados de Brasil, que explicamos en el capítulo anterior, fue rechazada por siete votos contra dos, por lo que no se derogó la Ley de Amnistía, y se mantiene la interpretación llevada a cabo al momento de su dictación. El hecho de que la instancia jurisdiccional superior del país se negase a reinterpretar la amnistía del país limitó todo tipo de actuación propicia a lograr el enjuiciamiento penal de los responsables de los crímenes contra los derechos humanos perpetrados en la época que abarca la Ley de Amnistía en Brasil.

La alternativa que encontraron los precursores de los derechos humanos en el país fue llevar a cabo una denuncia ante la Corte Internacional de Derechos Humanos que condenase al Estado Brasileño por la impunidad llevada a cabo durante largos años frente a las violaciones de derechos humanos ocurridos en la época dictatorial, lo que se logró a través del pronunciamiento realizado en el Caso Gomes Lund y otros (*Guerilha do Araguaia*) vs. Brasil. A pesar de las recomendaciones realizadas en este caso por parte de este organismo, el Estado brasileño no ha realizado ni llevado a cabo mayores políticas para lograr un avance sistemático a favor de su transición. Dentro de los motivos que se esgrimen es el hecho de que el Estado reconoce competencia obligatoria de la Corte solo para hechos posteriores al 10 de diciembre de 1998¹⁵² y al mismo tiempo, reafirma que según los principios del derecho brasileño las normas con fuerza de *ius cogens* no pueden ser fuente de Derecho Penal.

Frente a estas condiciones, es que la Orden de Abogados de Brasil y el Ministerio Público Federal de Brasil han buscado caminos alternativos para lograr una respuesta penal a los crímenes de la época, y lograr un enjuiciamiento en el país, principalmente este último organismo, el que denunció el 14 de marzo del 2012, en la Justicia Federal de Marabá, en el Estado de Pará al coronel de la reserva del Ejército Sebastião Curió Rodrigues, responsabilizándolo del delito de secuestro de cinco personas de la Guerrilla de Araguaia en 1974. El argumento llevado a cabo por el Ministerio Público es que el delito se encuadraría en la categoría de crimen permanente, puesto que a la fecha no han sido encontrados los rehenes ni los restos mortales, por lo que el delito se entendería practicado hasta el día de hoy y por lo tanto, no podría ser amparado por la Ley de Amnistía, pues esta cubre solo delitos que ocurrieron con anterioridad al 15 de agosto de 1979.

¹⁵² Decreto Brasil 4463/2002.

Si esta alternativa que ha ingeniado el Ministerio Público logra su objetivo, se transformaría en el primer enjuiciamiento penal a llevarse a cabo contra agentes del Estado responsables por las violaciones contra los derechos humanos cometidos en el periodo que abarca la Ley de Amnistía en Brasil. Como podemos observar, esta ley ha sido una piedra angular en la justicia transicional del país, impidiendo el esclarecimiento de los hechos ocurridos, y por lo tanto, atentando contra el derecho a la verdad e impidiendo rescatar la memoria del país.

En síntesis, las amnistías no dejarán de ser un valioso instrumento de negociación política al término de un conflicto. Una solución posible para su aplicación sería que al momento de su negociación se tuviesen en cuenta estándares y parámetros desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos, en definitiva se podría observar el avance jurisprudencial que ha desarrollado en esta materia la CIDH, lo que probablemente detendría la impunidad que se ha engendrado respecto a quienes dan inicio a la comisión de los crímenes.

Contrario a estas ideas es el pensamiento de Ezequiel MALARINO, el que no ve grandes posibilidades de éxito a reglas que establezcan límites absolutos e infranqueables a la facultad de amnistiar graves crímenes, porque “sólo las circunstancias del caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la pena, a cuánto de pena y bajo qué condiciones para conservar las paz”¹⁵³. Y bajo este pensamiento, es el que fundamos nuestra opinión, en el sentido de que es necesario observar las circunstancias del caso concreto para determinar la validez o invalidez de la Ley de Amnistía.

Además no podemos olvidar que las amnistías fueron cruciales para lograr la reconciliación política nacional y dar comienzo a Estados democráticos, tanto para el caso de Brasil como para el de Chile. Como consecuencia de esto, se logró dar inicio a los periodos democráticos y conquistar un estado de conciliación, que apunta básicamente a la paz dentro de un Estado. A pesar de todo, y de intentar lograr una paz interna, pueden transformarse en un fuerte obstáculo para la interposición de una acción penal, y en el supuesto de que esta sea la prioridad de las víctimas, es decir conseguir una condena, se entenderá entonces que la Ley de Amnistía vendrá a ser realmente un obstáculo, como hemos observado en el caso brasileño.

Igualmente, consideramos que una amnistía por sí sola no puede satisfacer todas las demandas que son necesarias para cumplir una reconciliación duradera en el tiempo, y por este motivo, debe ser acompañada de otros mecanismos alternativos que logren un completo y público esclarecimiento de la verdad y el reconocimiento por los responsables de sus conductas criminales perpetradas en la época de la dictadura militar¹⁵⁴.

2.2. El problema de la retroactividad de la Ley Penal

¹⁵³ MALARINO, Ezequiel, cit. (n. 8), pp. 298-300.

¹⁵⁴ AMBOS, Kai, cit. (n. 1), p. 20.

Una diversa y no menos importante institución jurídica que ha tomado relevancia respecto a la violación de los derechos humanos, y que además ha sido considerada en las sentencias de la CIDH, es la retroactividad de la ley penal. La figura en comento se utiliza “para aludir a la situación que se produce cuando, en el juzgamiento de un hecho, se aplica una ley que ha entrado en vigencia con posterioridad a su realización. En otras palabras, cuando la ley es aplicable a hechos anteriores a su entrada en vigor”¹⁵⁵.

Esto es precisamente lo que ocurre con los delitos que atentan contra los derechos humanos, debido a que en la época en que fueron cometidos se entienden pertenecer a la categoría de delitos comunes, sin embargo, hoy se consideran delitos de lesa humanidad y en el supuesto de ser juzgados no violarían el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal, en razón de que el derecho penal internacional supone que estos comportamientos ya estaban considerados como criminales por el derecho internacional consuetudinario.

Respecto a esto, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el Derecho Nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”¹⁵⁶, esta misma idea es recalcada en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, lo que se ha cuestionado si realmente los redactores de la Convención Americana desearon o no incluir a los delitos internaciones.

De todos modos, en el año 2003 la Comisión Interamericana emitió una resolución especial denominada Sobre Juzgamientos de Crímenes Internaciones, en la que alude a “*los crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de las Organizaciones de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que comisión de éstos no debe quedar impune*”.

Por lo que sostenemos que la idea fundamental de incluir en la normativa “derecho internacional” es impedir que autores de graves crímenes como son los crímenes de lesa humanidad pudieran quedar impunes bajo el derecho internacional, cuando estos comportamientos ilícitos no estaban tipificados como delitos en la legislación penal nacional de cada Estado.

En el Caso Gomes Lund y otros (*Guerilha do Araguaia*) vs. Brasil, las desapariciones forzadas bajo examen habían ocurrido hacía más de 30 años, época en la que el crimen no había sido expresamente establecido en el derecho brasileño. No obstante, la Corte declaró

¹⁵⁵ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 63.

¹⁵⁶ Artículo 11 Declaración Universal Derechos Humanos. Disponible en: <<<https://childrenandarmedconflict.un.org/keydocuments/spanish/universaldeclara1.html>>>. Acceso 29.07.2015.

responsable al Estado por las desapariciones forzadas y exigió la persecución y la sanción de los perpetradores¹⁵⁷.

Como consecuencia de esto último es que encontramos el pronunciamiento de la CIDH, al exponer que los “los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”¹⁵⁸.

Por consiguiente, si consideramos estos crímenes dentro de los delitos de lesa humanidad, podemos afirmar según el pronunciamiento y la jurisprudencia que ha llevado a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se trata de delitos imprescriptibles, por lo que los Estados no pueden utilizar la figura de la prescripción para dejar impunes a los agentes del Estado responsables de las graves violaciones a los derechos humanos.

2.3. El problema de la imprecisión de los delitos de lesa humanidad en los contextos de las dictaduras de Brasil y de Chile

Los delitos de lesa humanidad son delitos que atentan contra los derechos más esenciales de las personas, y además –como en los casos estudiados en esta investigación– son cometidos por el ente encargado de protegerlos, es decir, por aquellos quienes se encuentran en las cúpulas de poder de un Estado. Son de tal envergadura estos crímenes que se hace necesario considerarlos de lesa humanidad y sustraerlos de la categoría de delitos comunes, pues es prácticamente imposible juzgar dichos delitos considerándolos en ese sentido. La diferencia de dichos crímenes en opinión de Juan Pablo MAÑALICH “es que ellos representan una violación de los derechos de la humanidad toda actualizados en cada persona”¹⁵⁹.

El Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg se refirió en la época a los crímenes de lesa humanidad, entendiendo por ellos, “el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”, desde entonces se ha desarrollado un importante avance respecto al tema.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos de las CIDH, y como ya hemos venido señalando, es que ha sostenido que independiente de si una conducta es determinada por un

¹⁵⁷ ANTKOWIAK, Thomas, cit. (n 126), p. 261.

¹⁵⁸ CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 60. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acceso 21.07.2015

¹⁵⁹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, cit. (n. 136), p. 13.

Estado en su legislación interna como crimen de lesa humanidad o no, “debe tenerse en cuenta el deber especial que tiene el Estado frente a las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidas por el Derecho Internacional de Derechos Humanos”, por lo que deberían ser conocidos por los tribunales internos, así lo expresó en el Caso Gomes Lund y otros (*Guerilha do Araguaia*) vs. Brasil.

En el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia por primera vez sobre la existencia de crímenes de lesa humanidad en el contexto de la represión política a los disidentes de la dictadura militar de Augusto Pinochet en Chile, al establecer que la ejecución extrajudicial al Señor Almonacid constituye un crimen de lesa humanidad¹⁶⁰.

Así por ejemplo señaló que “hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general”¹⁶¹. Sin embargo, en el caso Almonacid Arellano se señaló que solamente existen cuatro elementos contextuales para comprobar un crimen de lesa humanidad, a saber: ataque generalizado o sistemático, población civil y la conducta subyacente, que puede ser una sola¹⁶². A propósito de lo anterior, se ha criticado el concepto utilizado por la CIDH y en palabras de Javier DONDÉ MATUTE el concepto “es impreciso, ya que no toma en consideración los antecedentes y cambios que el tipo penal ha sufrido a lo largo del tiempo, por lo menos desde su ‘codificación’ en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

En opinión de Karina FERNÁNDEZ¹⁶³ recae una obligación sobre los Estados que son parte de la comunidad internacional de sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, y tal obligación debe tener preeminencia respecto a otras instituciones extintivas de la responsabilidad penal. De hecho vendría a ser unos de los fines que debe cumplir la pena, y así lo ha manifestado la Asamblea General de las Naciones Unidas en los términos siguientes: la sanción de los responsables por tales delitos “es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacional”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ DONDÉ MATUTE, Javier, cit. (n. 148), p. 208.

¹⁶¹ CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 46. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acceso 21.07.2015

¹⁶² DONDÉ MATUTE, Javier, cit. (n. 148), p. 221.

¹⁶³ FERNÁNDEZ NEIRA, Karina; SFERRAZZA TAIBI, Prieto, cit. (n. 97), p. 307.

¹⁶⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2583\(XXIV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2583(XXIV)&Lang=S&Area=RESOLUTION)>. Acceso en: 29.07.2015.

3. Reflexiones sobre las decisiones de las CIDH

Para terminar nuestro trabajo, y ya habiendo expuesto las decisiones emblemáticas de la CIDH respecto de las condenas que ha realizado a los países objeto de nuestro estudio, podemos sostener que el papel primordial de la Corte no es juzgar la Ley de Amnistía de cada uno de los países, sino que debería pronunciarse sobre el caso puntual que se ha sometido a su jurisdicción. Por ejemplo, en el caso *Gomes Lund (Guerilha do Araguaia)* y otros vs. Brasil, debería solo referirse a la situación de ese grupo de personas y no del Estado en General, ya que no tiene el poder de inmiscuirse de manera tan tajante sobre el derecho interno de cada país. Además las respuestas otorgadas por las Corte no pueden ser respuestas absolutas a la problemática, y sólo debiesen actuar de manera subsidiaria.

En este punto estamos contestes con la opinión de Ezequiel MALARINO al establecer que el rasgo predominante en la jurisprudencia de la CIDH es su marcado activismo judicial. Por activismo judicial entiende “la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de su aplicación¹⁶⁵”. Para respaldar lo anterior proporciona ejemplos tales como la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), además de la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales. En estos puntos, la opinión del autor argentino se relaciona directamente a las instituciones que hemos tildado como problemáticas sobre las decisiones esgrimidas por la CIDH, y es por esto que sostenemos que la Corte no puede actuar de manera general sino que debe realizarlo sobre el caso en particular. En este mismo sentido, agrega como ejemplo la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, o también la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a Estados que no participaron en el proceso internacional¹⁶⁶.

CONCLUSIONES

Después del análisis realizado a lo largo de este trabajo, es posible enumerar las siguientes conclusiones obtenidas de la presente investigación:

¹⁶⁵ MALARINO, Ezequiel, cit. (n. 8), p. 35.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 36.

- 1) El objetivo de este trabajo fue analizar las respuestas penales que se han suscitado en dos países de América Latina, como ya hemos señalado, Brasil y Chile. Para esto fue necesario en primer lugar detenernos en el tema de la justicia de transición y abordar su origen y concepto, de lo que podemos desprender que a pesar de ser un nuevo concepto en los Estados democráticos reviste una importancia única dentro de los mismos. En segundo lugar, fue necesario enfocarnos en el protagonismo que alcanzan las víctimas dentro de este tema, de lo que podemos decir que los más importantes derechos son el derecho a la verdad y el derecho a la memoria.
- 2) A su vez, pudimos comprobar que existen diversos mecanismos utilizados en la justicia transicional para lograr el fortalecimiento de la democracia, y así mantener firme sus pilares, tales como el derecho a la verdad, la memoria, la justicia y las garantías de no repetición. En este entendido podemos concluir que la persecución penal no es el único mecanismo óptimo para lograr dichos pilares, sino que cuenta con diversos mecanismos que la resguardan, y que son principalmente mecanismos alternativos a la persecución penal.
- 3) Las Comisiones de Verdad juegan un rol importantísimo dentro de la justicia transicional, ya que colaboran sustancialmente a la búsqueda de la verdad y al fortalecimiento de la memoria, para garantizar los derechos que hemos establecido como primordiales para las víctimas que sufren sistemáticas violaciones a los derechos humanos.
- 4) Las dos Comisiones de Verdad estudiadas en este trabajo presentan varias diferencias. La creación de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile facilitó y colaboró con las investigaciones de los casos de los detenidos desaparecidos, por causa de la época de su creación, en la que aún no se conocían mayores antecedentes sobre los hechos ocurridos, mientras que Brasil tardó muchos años para consolidar esta medida transicional. De esta forma, el trabajo realizado por el Estado de Chile es de mayor importancia y relevancia, y puede incluso ser un ejemplo para la incipiente Comisión de Verdad que ha desarrollado Brasil.
- 5) En el segundo capítulo fue necesario realizar una aproximación histórica de cada una de las dictaduras para poder situar al lector en el contexto en el que se desarrollaron cada uno de los casos, de lo cual desprendemos que cada sociedad vivió y recuerda de manera distinta sus dictaduras, ya que los factores políticos, sociales, culturales y sobre todo históricos marcan una abismante diferencia entre ambos países, lo cual es del todo obvio ya que los hechos y las circunstancias fueron distintas, por lo que no podemos esperar que la transición sea igual en cada país.
- 6) La Ley de Amnistía en Brasil ha sido uno de los grandes impedimentos para lograr una efectiva persecución penal de los responsables de las sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Se ha transformado en un grave obstáculo por el hecho de que el Tribunal Federal brasileño, que es el máximo tribunal del país, ha mantenido la interpretación originaria de la Ley de Amnistía y se ha negado a modificar la

disposición legal, a pesar del requerimiento realizado por la Orden de Abogados del País.

- 7) El Ministerio Público brasileño ha buscado nuevas vías y caminos para lograr un avance en materia de justicia transicional, lo que demuestra el compromiso que impera en su trabajo con las víctimas de los crímenes de lesa humanidad. La postura del Ministerio Público va en contra de la decisión adoptada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil al mantener la interpretación originaria de la Ley de Amnistía, como el primero es el órgano superior del país, se hace necesario respetar su decisión, de lo contrario se presenta un conflicto interno entre las normas del país.
- 8) En resumen, Brasil no ha adoptado medidas de persecución penal, nunca se ha enjuiciado a algún agente del Estado por los crímenes cometidos en la época dictatorial. Sin embargo, dicho país se caracteriza por ser líder en materia de reparación a las víctimas, mediante varios programas de indemnización, tanto a las víctimas directas como a los familiares de éstas. Por ejemplo cuenta con programas de indemnización individual y colectiva, material y simbólica, lo que viene a demostrar un avance en su justicia transicional.
- 9) En el caso de Chile la Ley de Amnistía sigue en vigencia a pesar de que la Corte Suprema ha dejado de utilizarla de manera constante, como fue al inicio de la democracia del país. La Corte Suprema se ha caracterizado por mantener una jurisprudencia oscilante en materia de derechos humanos. A pesar de llevarse a cabo enjuiciamientos criminales contra militares autores de la comisión de crímenes de lesa humanidad (a diferencia del caso de Brasil), se han establecido una serie de instituciones que impiden llevar a cabo una persecución penal propiamente tal, lo que ha quedado demostrado al aplicar instituciones tales como la prescripción gradual, que provoca mayormente una reducción en el total de la pena, actuando como atenuante de la misma.
- 10) Importante es destacar el hecho de que a diferencia del caso brasileño, en Chile existe un proyecto de Ley para modificar el precepto de la Ley de Amnistía que se encuentra en el Primer Trámite Constitucional del Senado de la República, mientras que en Brasil este intento ya fue desechado por la posición que sostiene el Supremo Tribunal del país.
- 11) Ambos países han sido condenados por decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En los casos emblemáticos objeto de nuestro estudio se determinó que las Leyes de Amnistía de los países son autoamnistías que produjeron un perdón generalizado en cada país, produciendo la indefensión de las víctimas e impidiendo el enjuiciamiento criminal de los responsables. Además, se estableció por parte de la Corte que dichas leyes son contrarias a la Convención Americana. En este entendido sostenemos que la CIDH no debe castigar a los Estados de manera general ni apuntar a una respuesta absoluta, sino que debe apuntar a cada caso en concreto, y debe manifestarse sobre el grupo de personas objeto de la denuncia que se ha elevado a su jurisdicción.

- 12) Es sumamente necesario dejar en claro que aún existen muchas medidas y objetivos que deben ser cumplidos en ambos países, para poder así lograr un avance íntegro en reparación, verdad, memoria y justicia.

BIBLIOGRAFÍA

I) FUENTES NORMATIVAS

Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia
Constitución Política de la República de Chile
Constitución de la República Federativa de Brasil
Código Penal de la República de Chile
Código Procesal Penal de la República de Chile
Decreto Ley 2191 de la República de Chile: *Ley de Amnistía*
Decreto n° 4553 de la República Federativa de Brasil
Ley n° 6683- de 28 de Agosto de 1979: *Ley de Amnistía de la República Federativa de Brasil*
Declaración Universal Derechos Humanos

II) LITERATURA NACIONAL Y EXTRANJERA.

ABRÃO, Paulo; D. TORELLY, Marcelo, *El Programas de reparaciones como eje estructurador de la justicia transicional en Brasil*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

ALFONSO, César, *La obligatoriedad de las decisiones de las Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur*. en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, I (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010).

AMBOS, Kai, *¿Castigo sin soberano? Ius Puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013).

AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición* (Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008).

AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, et al, *Anistia, Justiça e Impunidades* (Belo Horizonte, Forum, 2010).

ANTKOWIAK, Thomas, *Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad*, en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014).

ARTHUR, Paige, *Cómo las “transiciones” reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

BRETT, Sebastián, *El efecto Pinochet a diez años de Londres 1998. Informe de una conferencia realizada en la Universidad Diego Portales* (Santiago, Editora Cath Collins, 2008). Disponible en: <http://www.icso.cl/images/Papers/tpfinal.pdf>. Acceso: 03.07.2015.

BURT, Jo- Marie, *Desafiando a la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

CANTON, Santiago, *Leyes de amnistía*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informa Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2014).

COLLINS, Cath, “Chile a más de dos décadas de justicia de transición”, en *Revista de Ciencia Políticas Constitucionales*, 51(2013), 2, pp. 79-113.

COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, Brasil, *Direito à Memória e à Verdade*, Secretaria especial de Direitos Humanos, (Brasil, 2007).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Desaparición de Personas y Presunción de Muerte en el Derecho Civil Chileno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

CORREA, Cristián, *El Programa de reparación para violaciones masivas de Derechos Humanos: Lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana* (Madrid, 2007).

DE REZENDE, Maria Jose, *Ditadura Militar no Brasil: Repressão e Pretensão de Legitimidade* (s.l, 2001).

DONDÉ MATUTE, Javier, *Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, II (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010).

FAUSTO, Boris, *História do Brasil* (São Paulo, 1999).

FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, “*La jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena frente a las graves violaciones contra los derechos humanos*”, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, 3 (2009-2010), pp. 257-291.

FERNÁNDEZ NEIRA, Karina; SFERRAZZA TAIBI, Prieto, “*La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos*”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 7 (2009), 1, pp. 299-330.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*, en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014).

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, “*Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*”, en *Revista Chilena de Derecho*. 34 (2007), 3, pp. 439-455.

GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional* (Madrid, 1999).

GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, *La imposibilidad de aplicación de la prescripción gradual a los crímenes imprescriptibles en razón de su fundamento* (Trabajo inédito).

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Crímenes internacionales y prescripción*, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (edit.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España* (Montevideo, 2005).

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El caso de Chile* en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, III (Montevideo, Konrad Adenauer, 2010).

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Informes Nacionales: Chile* en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Justicia de Transición Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo, Konrad Adenauer 2009).

IBÁÑEZ RIVAS, Juana Maria, *Artículo 25. Protección Judicial* en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edit.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios* (Santiago, Konrad Adenauer, 2014), p.640.

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo 1 (Santiago de Chile, Febrero de 1991).

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo 2 (Santiago de Chile, 1991).

Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, (Santiago de Chile, 2005).

Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política (Santiago de Chile, 1996).

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los derechos humanos en Chile: informe anual 2014* (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014).

IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara, “*Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile*”, en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 11 (2013), 1, pp. 275-332.

MALARINO, Ezequiel, *Derechos humanos y derecho penal. Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2012).

MALARINO, Ezequiel, *Breve reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas*, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Justicia de Transición Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2009).

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía* (Santiago, Flantes Indiano, 2010).

MÉNDEZ, Juan, *Responsabilización por los abusos del pasado*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, *Justiça de transição da ditadura civil – militar ao debate justransicional. Direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil* (Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015).

NORRIS, Robert, “*Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal*”, en *Revista IDDH* 27 (1992), pp. 47-121. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

PASTOR, Daniel, *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* (Buenos Aires, 2004).

PASTOR, Daniel, *Prescripción de la Persecución Penal y Código Procesal Penal* (Buenos Aires, 1993).

PAÚL LATORRE, Adolfo, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*² (Santiago, Maye Ltda., 2014), p. 90.

PEREIRA, Pamela, *Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno*, en REÁTEGUI, Félix (edit), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*² (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

QUINALHA, Renan Honório, *Justiça de transição: contornos do conceito* (São Paulo, Dobra Universitaria, 2013).

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos12.htm>>.

ROCHA DE ASSIS, Maria; ZILLI, Marcos; GIRÃO MONTECONRADO, Fabiola, *Brasil*, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela (edit.), *Justicia de Transición Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (Montevideo, Konrad Adenauer, 2009).

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, *Direito à verdade e à Memória. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007).

TORELLY, Marcelo D., *Justiça de transição e Estado constitucional de direito. Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro* (Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012).

UPRIMNY, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición?* (Bogotá, 2006).

VAN ZYL, Paul, *Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto*, en REÁTEGUI, Félix (edit.), *Justicia Transicional manual para América Latina* (Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

III) LITERATURA ELECTRÓNICA

ARTÍCULO 11 DECLARACIÓN UNIVERSAL DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <<https://childrenandarmedconflict.un.org/keydocuments/spanish/universaldeclara1.html>>. Acceso 29.07.2015.

Boletín N° 9.773-07. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=getCuenta&iddocto=55147>>. Acceso: 20.06.2015.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10192&prmBL=9773-07>. Acceso 26.06.2015.

Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Nómina de personas reconocidas como víctimas. Disponible en:

<<http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/10/nomina.pdf>>. Acceso en 23.06.2014.

Entrevista realizada a la Directora del Instituto de Derechos Humanos de Chile. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/judicial/lorena-fries-el-congreso-o-el-gobierno-deben-levantar-el-secreto-sobre/2015-07-27/203743.html>>.

Acceso: 28.07.2015.

FOLHA DE SÃO PAULO, *O acerto de contas*. Disponible en: <<http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/o-acerto-de-contas.html>> . Acceso en 24.06.2014.

MEMORIA CHILE. Disponible en: < <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-100720.html>>. Acceso 27.06.2015.

NACIONES UNIDAS, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto .Programa de reparaciones* (Nueva York y Ginebra, 2008), p. 13.

Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>>. Acceso en: 22.08.2015.

TERCERA INFORMACIÓN, *Brasil instala comisión de la verdad para investigar crímenes cometidos durante la dictadura*. Disponible en: <<http://tercerainformacion.es/spip.php?article37406>>. Acceso en 22.06.2014.

TERCERA INFORMACIÓN, *Rouseff y Bachelet acuerdan intercambio de datos sobre dictadura*. Disponible en <<http://tercerainformacion.es/spip.php?article69660>>. Acceso en 22.06.2014.

Entrevista realizada a la Directora del Instituto de Derechos Humanos de Chile. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/judicial/lorena-fries-el-congreso-o-el-gobierno-deben-levantar-el-secreto-sobre/2015-07-27/203743.html>>. Acceso: 28.07.2015.

IV) SENTENCIAS

CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>.

CORTE IDH, *Caso Barrios Alto vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acceso 27.07.2015.

CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acceso 27.07.2015.

CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerilha de Araguaia) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acceso: 02.07.2015.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol n°: 3808-06, de fecha 30 de julio de 2007.