Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

13

EL CASO BRASILEÑO*

George Rodrigo Bandeira Galindo
Universidade de Brasilia
Antonio Moreira Maués
Universidade Federal do Pará

1. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1.1. Tipos de fuentes externas que reconoce y admite el ordenamiento constitucional interno

Es posible decir que, desde su independencia en 1822, el Estado brasileño viene comprometiéndose activamente en la construcción y el cumplimiento de las normas de derecho internacional. Aunque en diferentes momentos las acciones gubernamentales se hayan posicionado frontalmente contra el derecho internacional, es importante resaltar que, en general, el discurso de la legalidad ha cumplido un papel fundamental en la conducción de la diplomacia brasileña desde sus orígenes.

En este sentido, tomando como punto de partida el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su rol de fuentes reconocidas por la comunidad internacional, el derecho brasileño ha aceptado, tradicionalmente, la existencia del tratado, de la costumbre y de los principios generales de derecho. Es cierto que para incorporar estas normas al ordenamiento interno se exigen algunos requisitos y procedimientos, pero eso no afecta a su reconocimiento.

En todas las constituciones brasileñas se encuentran referencias a los tratados. En la Constitución Federal de 1988 son mencionados de diversas formas. En especial, los tratados sobre derechos humanos aparecen, expresamente, tres veces en el texto constitucional (art. 5º, §§ 2º y 3º y art. 109, § 5º)[1]. Su existencia en el ordenamiento jurídico interno es,

* Capítulo traducido por Carlos Cernadas Carrera.

[1] Art. 5º, § 2º. Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Viena del Derecho de los Tratados de 1969, la cual fue ratificada por Colombia en octubre de 1997, se encontró con una posible contradicción entre el artículo 27 de la Convención y su doctrina constitucional. Por un lado, el artículo 27, inciso 1, de la Convención de Viena establece que "un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Por el otro, la Corte en muchas ocasionas había expresado que la "Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Constitución es inaplicable"[4].

Para salvar esta posible contradicción la Corte establece que el artículo 9 de la Constitución reconoce el principio de pacta *sunt servanda*, por lo que en Colombia se debe aplicar un monismo moderno. Esta doctrina, según la Corte, reconoce la posibilidad de contradicción entre el derecho internacional y el derecho interno, la cual si bien defiende una primacía indirecta del derecho internacional, no opera anulando las normas internas contrarias al derecho de los tratados sino reconociendo la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales al invocar sus normas internas. El efecto práctico de esta doctrina es el siguiente:

> "Conforme a lo anterior, para el juez estatal y para las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados tienen el valor que la constitución les asigne. (…) para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional"[5].

Como se verá a continuación, la aproximación del monismo moderado va a permear las diversas discusiones que se describen en este artículo. A pesar de tener una posición que permite que el Estado actúe internamente en contradicción con sus obligaciones internacionales, la Constitución

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

[5] Ibid.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

colombiana otorga un trato distinto a los tratados de derechos humanos al otorgarles, en ciertos casos, un rango constitucional, como se verá más adelante.

2.1. Tipo de fuentes externas que reconoce y admite el ordenamiento constitucional colombiano

El artículo 9 de la Constitución Política establece que las relaciones internacionales de Colombia se fundan "en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia". Adicionalmente, la Constitución sólo se refiere de manera expresa a los tratados internacionales, más específicamente los tratados y convenciones de derecho humanos (art. 93) y los tratados limítrofes (art. 101), y a las reglas del derecho internacional humanitario (art. 214)[6].

La Corte Constitucional, sin embargo, ha reconocido que las obligaciones del Estado colombiano derivan no sólo de los tratados internacionales, sino también de la costumbre y de los principios el derecho internacional[7]. Con respecto a la costumbre internacional la Corte precisó que ésta puede ser de dos tipos: "(a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad (…), y (b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano"[8].

A pesar de que la Corte reconoce que los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional crean obligaciones para el Estado, el rango que cada uno de estos adquiere en el ordenamiento colombiano depende del tipo de obligaciones que impone. Como se verá en la tercera parte de esta sección, el sistema jurídico en Colombia distingue entre normas internacionales con rasgo constitucional y normas con rango legal dependiendo de si pueden o no ser consideradas parte del bloque de constitucionalidad.

[6] Para un análisis más detallado sobre la integración del derecho internacional humanitario en el sistema jurídico colombiano, ver RAMELLI ARTEAGA, A., *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

[7] Corte Constitucional, Sentencia C- 1189 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[8] Ibid.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

por tanto, incontestable, siendo amplia la jurisprudencia, en diferentes tribunales domésticos, sobre la aplicación e interpretación de este tipo de fuente en el derecho nacional.

La costumbre internacional no está expresamente mencionada en la Constitución Federal de 1988, aunque la inserción de referencias al derecho internacional general haya sido debatida durante la Asamblea Nacional Constituyente (1987-1988). La jurisprudencia de los tribunales superiores, sin embargo, ya se ha pronunciado sobre el derecho internacional consuetudinario en algunas ocasiones. Por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal (STF) estableció que la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero dimana de las costumbres internacionales[2]. El Superior Tribunal de Justicia (STJ), también en relación al mismo tema, ha mencionado la existencia de costumbres internacionales a las que el Estado brasileño estaría vinculado[3]. Lo mismo se aplica a las normas internacionales consuetudinarias de derechos humanos.

Los principios generales del derecho son reconocidos en el derecho brasileño, aunque, de acuerdo con la llamada Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, solamente se puedan aplicar cuando no exista ley aplicable al caso[4]. Dentro de esta lógica, podría ser más adecuado encuadrarlos como una especie de fuente auxiliar de derecho.

Todavía tomando como referencia el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cabe indagar sobre la relación entre el derecho brasileño y las fuentes auxiliares de derecho internacional.

Las decisiones de los tribunales internacionales y la doctrina,

del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

Art. 5º, § 3º. "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales."

Art. 109, § 5º. En las hipótesis de grave violación de los derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, delante del Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o proceso, incidente de transferencia de competencia a la Justicia Federal.

[2] Cf. STF. ACi 9.705. Rel. min. Moreira Alves. Pleno. DJ de 23.10.1987.

[3] Cf. STJ. AC 7. Rel. min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. DJ de 30.04.1990, STJ. RO 39. Rel. min. Jorge Scartezzini. Quarta Turma. DJ de 06.03.2006 e STJ. RO 62. Rel. min. Ari Pargendler. Terceira Turma. DJe de 03.11.2008.

[4] "Art. 4º Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho". Decreto-Lei 4.657/1942 (con redacción dada por la Lei 12.376/2010).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

aparentemente, no son reconocidas como fuentes de derecho interno. En relación a las primeras, se percibe, como se comentará más adelante, que su uso viene creciendo entre los tribunales nacionales, aunque no hasta el punto de reconocerse formalmente su obligatoriedad como fuente interna. La doctrina es un recurso constante de los operadores del derecho en la tradición brasileña. Sin embargo, su reconocimiento como fuente de derecho interno es extremadamente dudoso debido a la ausencia de autorización para que el administrador, o aquel que enjuicia, la aplique con carácter de obligatoriedad.

1.2. Procedimiento de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno

Los tratados de derechos humanos poseen, básicamente, el mismo procedimiento de incorporación al derecho brasileño que los demás tratados y que tradicionalmente se viene denominando "procedimiento complejo". La única diferencia relevante tiene que ver con la tramitación en el Congreso Nacional, cuando se pretende que un tratado adquiera un estatus equivalente al de las enmiendas constitucionales (art. 5º, § 3º). En este caso, los tratados de derechos humanos tendrán que ser aprobados por 3/5 de los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, respectivamente, en dos turnos de votación, en cada una de las cámaras. No obstante, no existe una obligatoriedad de que los tratados de derechos humanos pasen por un procedimiento tan específico, pudiendo aprobarse en el Congreso Nacional del mismo modo en que son aprobados los tratados sobre otros temas[5].

Por tanto, el procedimiento para la incorporación de los tratados (incluso los de derechos humanos) se inicia con el envío por parte del Presidente de la República del texto traducido (cuando sea necesario) al Congreso Nacional. El trámite legislativo de los tratados se inicia siempre en la Cámara de los Deputados, donde, después de que el texto sea examinado por las comisiones internas pertinentes, debe ser aprobado en el Pleno por mayoría simple (excepto en los casos de los tratados enviados por el Presidente de la República en la forma que establece el art. 5º, § 3º, que deberán observar el quórum de 3/5 y la votación en dos turnos). Un trámite esencialmente idéntico ocurre en el Senado Federal,

[5] Esa semejanza no es propiamente establecida de manera normativa, sino por la práctica de los poderes constituidos, que decidieron aplicarla a los tratados de derechos humanos.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

con el examen por parte de las comisiones internas y del Pleno, cuando el quórum de mayoría simple debe ser obtenido (nuevamente con la misma excepción aplicada en la Cámara de los Diputados a los tratados disciplinados en el art. 5º, § 3º). La fase parlamentaria de incorporación del tratado finaliza con la publicación de un Decreto Legislativo, que posee la función exclusiva de aprobar el texto del tratado, y su envío al Jefe del Poder Ejecutivo Federal.

Una vez ha vuelto el tratado al Presidente de la República, este posee la facultad de ratificarlo o adherirse a él. Después de la ratificación o de la adhesión, el tratado es definitivamente incorporado al derecho interno, por medio de la promulgación y publicación de un Decreto (presidencial). Solamente con la unión de los dos decretos (el del Legislativo y el del Ejecutivo), se puede decir que el tratado se incorpora regularmente al derecho interno. En virtud de la necesidad de los dos actos, muchos afirman que el procedimiento de incorporación de los tratados al derecho interno constituye un "acto complejo"[6]. Es importante mencionar que, según la jurisprudencia del STF, solamente después de promulgar y publicar el tratado bajo la forma de un Decreto, este adquiere validez en el derecho interno[7]. Esta posición ha llevado a muchos a creer que, desde el punto de vista de la incorporación de los tratados, el ordenamiento jurídico brasileño podría ser considerado dualista, por la necesidad de "transformar" el tratado en un acto con fuerza de ley: el decreto[8].

A pesar de la semejanza en el procedimiento de incorporación de los tratados de derechos humanos y de los demás tratados, es importante percibir que varias dudas se presentan desde la inserción del § 3º al art. 5º. La enmienda Constitucional nº 45/2004, que introdujo el precepto, debería haber detallado más el procedimiento de incorporación de esos tratados. Mencionaremos, brevemente, apenas tres de esos problemas.

En primer lugar, no se sabe con seguridad quién posee la iniciativa para que un tratado de derechos humanos sea aprobado en la forma del § 3º del art. 5º. No es razonable creer que, tal como los otros tratados, solamente el Presidente de la República pueda hacerlo. La Constitución

[6] Ver, v.g., MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, pp. 457-473.

[7] Cf. STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

[8] Ver, v.g. RODAS, João Grandino, *A Publicidade dos Tratados Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 199-200.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Federal de 1988 permite que varios interesados detenten el poder de iniciativa de enmiendas, incluso los propios parlamentarios. El reconocimiento de una amplitud de este tipo sería importante en el derecho brasileño.

En segundo lugar, no está claro que los tratados de derechos humanos deban ser promulgados de la misma manera que otros tratados: por medio de un Decreto presidencial. Esto por dos razones básicas: (a) las enmiendas constitucionales son promulgadas por un acto conjunto de los presidentes de las dos cámaras del Congreso Nacional, que actúan como poder constituyente derivado; es extraño que, con los tratados, no haya un procedimiento similar; (b) en los tratados en general, el Presidente de la República posee la discrecionalidad de ratificar un tratado; no es frecuente que tal facultad sea reconocida también en el caso de los tratados de derechos humanos, en virtud de la redacción del § 3º del art. 5º, que establece que el status equivalente al de una enmienda "será" concedido a los tratados de derechos humanos simplemente por el hecho de ser aprobados por el Congreso Nacional.

Un tercer problema se refiere a la "identificación" de los tratados de derechos humanos. Una vez que la Constitución no establece el contenido de lo que son derechos humanos, es importante que ese concepto permanezca en abierto para una necesaria adaptación a realidades diversas. En el propio derecho internacional, los derechos humanos han sido encontrados en tratados que, tradicionalmente, no tratan problemas relativos a la dignidad humana, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por ejemplo[9].

Por tanto, es imprescindible que, en el futuro, se desarrolle en Brasil un procedimiento más específico, aplicable a los tratados de derechos humanos.

1.3. Relaciones entre las fuentes externas y las normas internas

Desde la promulgación de la Constitución de 1988, se evidenció un gran debate sobre la interpretación de su art. 5º, § 2º. A pesar de que las Constituciones anteriores viniesen afirmando que el elenco de derechos previsto en el texto constitucional no era exhaustivo, la referencia a los

[9] Cf. v.g. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *La Grand (Germany vs United States of America*). Judgment, ICJ Reports 2001 e Corte IDH *Opinión Consultiva OC-16/99 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*), de 1 de octubre de 1999.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

derechos reconocidos en tratados internacionales aparecía por primera vez en la historia constitucional brasileña. La relevancia práctica de ese debate residía en el hecho de que Brasil había ratificado una serie de tratados internacionales de derechos humanos después de la promulgación de la Constitución de 1988, lo que exigía una definición sobre el nivel jerárquico de esas normas en el derecho interno.

En el ámbito doctrinario, podían ser identificadas tres posiciones distintas sobre o tema:

a. Nivel supra-constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos[10];
b. Nivel constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos: de acuerdo con este ponto de vista, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1988 pueden ser clasificados en tres grupos: los derechos expresados en la Constitución; los derechos implícitos, que derivan del régimen y de los principios adoptados por la Ley Mayor; los derechos expresados en los tratados internacionales suscritos por Brasil. Así, la referencia de la Constitución a los derechos que derivan de tratados internacionales les confiere una "jerarquía especial y diferenciada" de nivel constitucional en relación a los demás tratados, que tendrían naturaleza infra-constitucional[11];
c. Nivel legal de los tratados internacionales de derechos humanos: para esta corriente, la cláusula del art. 5º, § 2º se limita a reconocer la incorporación de los derechos que derivan de los tratados internacionales al derecho interno. De entre los principales argumentos a favor de esta tesis se encuentra la supeditación de los tratados internacionales al control de constitucionalidad, tanto concentrado (art. 102, I, a), como difuso (art. 102, III, b), y el hecho de que los tratados son aprobados por el Congreso Nacional por el mismo quórum de mayoría simple exigido a las leyes ordinarias[12].

[10] Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier de, "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", em TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 1-33.

[11] Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,* São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 89.

[12] Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 144-145.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Durante varios años, el STF optó por la última posición, manteniendo el precedente del régimen constitucional anterior[13], que establecía que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno al mismo nivel que una ley, pudiendo, por tanto, ser revocados por una ley posterior o dejar de aplicarse en favor de una ley específica.

Así, en el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) nº 1.347[14], el STF recusó la utilización de los tratados internacionales como parámetro del control de constitucionalidad, negando que las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pudiesen fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de las Órdenes Ministeriales del Ministerio de Trabajo. Esta ADI no fue finalmente admitida por el STF, pues no implicaba una violación directa de la Constitución: "Se revelará procesalmente inviable la utilización de la acción directa, cuando la situación de inconstitucionalidad – que siempre debe traslucir inmediatamente del contenido material del acto normativo impugnado – dependa, a efectos de su reconocimiento, del previo examen comparativo entre la regla estatal cuestionada y cualquier otra especie jurídica de naturaleza infraconstitucional, como los actos internacionales – inclusive aquellos celebrados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) – que ya se encuentran incorporados al derecho positivo interno de Brasil, pues los tratados concluidos por el Estado Federal poseen, en nuestro sistema normativo, el mismo grado de autoridad y de eficacia que las leyes nacionales".

La principal referencia de esta jurisprudencia se encuentra en la ADI nº 1.480[15], que tenía como objetivo declarar inconstitucional la Convención nº 158 de la OIT en virtud del art. 7º, I de la Constitución Federal. Según el STF: "En el sistema jurídico brasileño, los tratados o convenciones internacionales están jerárquicamente subordinados a la autoridad normativa de la Constitución de la República. En consecuencia, ningún valor jurídico tendrán los tratados internacionales, que, incorporados al sistema de derecho positivo interno, transgredan, formal o materialmente,

[13] Cf. STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977: "Aunque la Convención de Ginebra que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, esta no se superpone a las leyes del país, de ahí la constitucionalidad y consecuente validez del Decreto Ley nº 427/69, que instituyó el registro obligatorio de la *Nota Promissória em Repartição Fazendária*, bajo pena de nulidad del título".

[14] Cf. STF. ADI MC 1.347. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 05.09.1995.

[15] Cf. STF. ADI MC nº 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

el texto de la Carta Política. (...) Los tratados o convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan, en el sistema jurídico brasileño, en los mismos planos de validez, de eficacia y de autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias, habiendo, en consecuencia, entre estas y los actos de derecho internacional público, una mera relación de paridad normativa. (...) La eventual precedencia de los tratados o convenciones internacionales sobre las reglas infra-constitucionales de derecho interno solamente se justificará cuando la situación de antinomia con el ordenamiento doméstico imponga, para la solución del conflicto, la aplicación alternativa del criterio cronológico ("lex posterior derogat priori") o, cuando quepa, el criterio de la especialidad."

El STF también mantuvo esa opinión en lo que se refiere a los tratados internacionales de derechos humanos, no admitiendo cualquier particularidad que emane de lo dispuesto en el art. 5º, § 2º. Esta orientación se hizo claramente nítida en los casos que enfrentaron disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y disposiciones de la Constitución Federal (CF). En el más famoso de ellos, se opuso el art. 7º.7 de la CADH ("Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.") al art. 5º, LXVII, de la CF ("no habrá prisión civil por deudas*, salvo* para los *responsables por* el incumplimiento *voluntario e* inexcusable de la *obligación* de alimentos y para el depositario infiel").

Como puede percibirse, la Constitución de 1988 establece una segunda hipótesis de prisión por deuda, no contemplada en la CADH. El STF juzgó que la prisión del depositario infiel continuaba siendo constitucional incluso después de la ratificación del Pacto de San José por Brasil, no reconociendo, en ese caso, ni la aplicación del principio *lex posterior derrogat priori*, pues la norma constitucional autorizaría al legislador a editar una ley especial. Se da como ejemplo la decisión en el Recurso Extraordinario (RE) nº 253.071, así sumariada: "Esa Corte (...) firmó el entendimiento de que, en virtud de la Carta Magna de 1988, persiste la constitucionalidad de la prisión civil del depositario infiel, tratándose de alienación fiduciaria, así como de que el Pacto de San José de Costa Rica, además de no poder contraponerse a la autorización del artículo 5º, LXVII, de la misma Constitución, no derogó, por ser norma infraconstitucional general, las normas infraconstitucionales especiales sobre la prisión civil del depositario

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

infiel" [16]. Se observa en estos casos, que el STF admitió inclusive la equiparación hecha por la legislación infra-constitucional entre la figura del depositario infiel (art. 1.287 del entonces vigente Código Civil) y la del deudor alienante (Decreto-Ley 911/69), a pesar de las diferencias entre los dos institutos.

Una primera señal de cambio en la jurisprudencia del STF se pudo verificar en el juicio del Recurso en Habeas Corpus (RHC) nº 79.785, en 2000[17]. En ese juicio, aunque se le negase al doble grado de jurisdicción el carácter de una garantía constitucional absoluta, limitando, por tanto, la aplicabilidad del art. 8.2.,h de la CADH[18], el ministro Sepúlveda Pertence admitía que los tratados internacionales de derechos humanos, aunque posicionados por debajo de la Constitución, deberían dotarse de "fuerza supra-legal", para que sus normas se apliquen directamente, incluso en contra de las leyes ordinarias, "siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella consten."

En 2008, el STF modificó su orientación, pasando a considerar "ilícita" la prisión civil del depositario infiel, llegando a editar súmulas sobre el tema[19]. Así dispone el sumario del RE nº 466.343, decidido por unanimidad: "PRISIÓN CIVIL. Depósito. Depositario infiel. Alienación fiduciaria. Decreto de medida coercitiva. Inadmisibilidad absoluta. Insubsistencia de la previsión constitucional y de las normas subalternas. Interpretación del art. 5º, Inc. LXVII y §§ 1º, 2º y 3º, de la CF, a la luz del art. 7º, § 7º, de la Convención Americana de Derechos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). *Recurso improvido*. Juicio conjunto del RE nº 349.703 e de los HCs nº 87.585 e nº 92.566. Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito" [20].

Como se nota, para que el STF decidiese alejar la posibilidad de prisión del depositario infiel fue necesario modificar el entendimiento

[16] STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.

[17] STF RHC 79785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.

[18] "2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

[19] Súmula Vinculante nº 25: "Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito".

[20] STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, con el objetivo de que las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales pudiesen ser interpretadas "a la luz" de la CADH. En el análisis de los votos de los ministros, podemos identificar dos teorías que fundamentan esta nueva interpretación: para la mayoría, los tratados internacionales de derechos humanos pasan a tener status normativo supralegal, permaneciendo en un nivel jerárquico inferior al de la Constitución, pero superior a las demás leyes; para una minoría, los tratados internacionales de derechos humanos deben tener jerarquía constitucional, pasando a formar parte, junto con el texto constitucional, del bloque de constitucionalidad.

Algunos cambios institucionales han llevado al STF a volver a analizar su jurisprudencia. Se destaca la promulgación de la Enmienda Constitucional nº 45, que añadió tres importantes disposiciones sobre derechos humanos: la previsión de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos como enmiendas constitucionales, desde que sean aprobados por el mismo quórum exigido para las enmiendas constitucionales; la constitucionalización de la adhesión de Brasil al Tribunal Penal Internacional[21]; y la creación del incidente de transferencia de competencia a la justicia federal en los casos de grave violación de los derechos humanos. Aunque traten de temas distintos, las innovaciones de la EC nº 45 tenían en común la valorización constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, fuese por la posibilidad expresa de reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados sobre la materia, por el sometimiento del país a la jurisdicción penal internacional, o por la creación de mecanismos más hábiles para cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado brasileño frente a la comunidad internacional en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos.

El sentido de esos cambios también fue reconocido por el STF. Así, el ministro Gilmar Mendes afirma en su voto que la inclusión del § 3º del art. 5º "acabó por resaltar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados de reciprocidad entre los Estados pactantes, confiriéndoles un lugar privilegiado en el ordenamento jurídico", lo que indicaba la insuficiencia de la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados de derechos humanos y el desfase de la jurisprudencia del STF. En sentido concurrente, el ministro Celso de Mello destacaba que la EC

[21] "Art. 5º, § 4º. O Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado adhesión".

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

nº 45 "introdujo un dato jurídicamente relevante, adecuado para viabilizar la reelaboración, por esta Suprema Corte, de su visión en torno de la posición jurídica que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos asumen en el plano del ordenamiento positivo doméstico do Brasil".

El punto común, compartido por todos los Ministros, de que el STF debería reconocer un papel normativamente más fuerte a las normas internacionales de protección de los derechos humanos no evitaba, no obstante, una polémica sobre el nivel jerárquico de estas normas. Superada la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados internacionales de derechos humanos, y sin que ningún miembro del STF defendiese la tesis de la supraconstitucionalidad, dos orientaciones disputaron entendimiento del STF.

Para una minoría, representada por el voto del Min. Celso de Mello, los tratados internacionales de derechos humanos tendrían carácter "materialmente constitucional" y compondrían el "bloque de constitucionalidad", incluso cuando hayan sido aprobados antes de la EC nº 45. Así, el novel párrafo 3º del art. 5º, al atribuir formalmente una jerarquía constitucional a los tratados aprobados en base a él, no habría retirado la jerarquía constitucional material de los tratados ratificados anteriormente, reconocida en base al deber del Estado de "respetar y promover la efectividad de los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, en orden a permitir la práctica de un constitucionalismo abierto al proceso de creciente internacionalización de los derechos básicos de la persona humana". De esta forma, el § 3º había reforzado la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, toda vez que no sería razonable colocar en niveles jerárquicos a distintos tratados que disponen sobre la misma materia.

La mayoría del STF entendió, sin embargo, que los tratados internacionales de derechos humanos poseen un nivel jerárquico supralegal. De entre las razones presentadas a favor de esta tesis, podemos destacar:

a. La supremacía formal y material de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, consustanciado en la posibilidad de control de constitucionalidad incluso de los diplomas internacionales;
b. El riesgo de una ampliación inadecuada de la expresión "derechos humanos", que permitiría una producción normativa ajena al control de su compatibilidad con el orden constitucional interno;

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

c. El entendimiento de que incluir el § 3º del art. 5º implicó reconocer que los tratados ratificados por Brasil antes de la EC nº 45 no pueden ser comparados a las normas constitucionales.

A pesar de esto, la tendencia contemporánea del constitucionalismo mundial de dar prestigio a las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los principios del derecho internacional sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales no autorizaban más la continuación de la tesis de la legalidad, sirviendo la supralegalidad como solución que permitiría hacer compatibles esos cambios sin los problemas que serían derivados de la tesis de la constitucionalidad. Así, los tratados de derechos humanos paralizan la eficacia jurídica de toda y cualquier disciplina normativa infraconstitucional que entre en conflicto con ellos.

Aunque la decisión del STF implique que los tratados de derechos humanos no pueden ser utilizados directamente como parámetro de control de constitucionalidad, la jurisprudencia del tribunal posterior a la adopción de la tesis de la supralegalidad ha usado los tratados de derechos humanos para interpretar disposiciones constitucionales y legales a fin de que sean compatibles con los instrumentos internacionales. Así, el tribunal ha interpretado el principio de la razonable duración del proceso (art. 5º, LXXVIII) en base al art. 7.5 y 7.6 de la CADH[22]; ha reconocido como medios del contradictorio y de la amplia defesa (art. 5º, LV) las garantías previstas en el art. 8.2 de la CADH[23]; y ha delimitado los contornos de la libertad de expresión y de la libertad de ejercicio profesional de acuerdo con el art. 13.1 de la CADH y la Opinión Consultiva nº 5 de la Corte Interamericana[24].

[22] Cf. STF. HC 85.237. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 29.04.2005; STF. HC nº 95.464. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 13.03.2009; STF. HC nº 98.878. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 20.11.2009; STF. HC nº 98.579. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 30.04.2010 e STF. STF RHC 103.546. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

[23] Cf. STF HC 88.359. Rel. min. Cezar Peluso. Segunda Turma. DJ de 09.03.2007; STF. HC 86.634. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ de 23.02.2006, STF. HC 93.503. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 07.08.2009; STF. HC 92.569. Rel. min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. DJe de 25.04.2008 e STF. RHC 83.810. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 23.10.2009.

[24] Cf. STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

2. MECANISMOS DE CONTROL QUE GARANTICEN EL RESPETO AL SISTEMA DE FUENTES QUE DEFINE LA CONSTITUCIÓN

2.1. ¿Control de constitucionalidad de los tratados? Procedimientos y competencia jurisdiccional

Como se acaba de ver, la jurisprudencia del STF reconoció, expresamente, que los tratados de derechos humanos, al ser considerados poseedores de un estatus supralegal, están automáticamente sometidos al control de constitucionalidad. En realidad, el Tribunal ya había establecido claramente esa posibilidad, anteriormente, en relación a los tratados sobre cualesquiera materias, tanto en el ámbito del control difuso como en lo referente al control concentrado de constitucionalidad[25].

Los juicios más recientes del STF, sin embargo, no son absolutamente claros sobre la posibilidad de poder controlar la constitucionalidad de aquellos tratados que hayan pasado por el rito del ya mencionado art. 5º, § 3º, que permite que los tratados de derechos humanos, después de ser aprobados con el mismo quórum que las enmiendas constitucionales, sean equivalentes a estas. La pregunta que surge es: ¿los tratados constitucionalizados en el derecho brasileño pueden ser controlados en su constitucionalidad?

Aunque el STF no haya dado una respuesta expresa, se supone que los tratados de derechos humanos constitucionalizados en la forma del art. 5º, § 3º también son pasibles de control de constitucionalidad (tanto en la vía difusa como en la concentrada). Esto debido a que, ya desde hace tiempo, el STF reconoce que las enmiendas constitucionales pueden ser controladas en su constitucionalidad en el caso de que violen las llamadas cláusulas pétreas (disposiciones inmodificables por el poder reformador de la Constitución)[26]. Y los "derechos y garantías fundamentales" son considerados cláusulas pétreas[27].

[25] En relación al control difuso, cf., v.g. STF. RE 109.173. Rel. min. Carlos Madeira. Segunda Turma. DJ de 27.03.1987; en relación al control concentrado, STF. Rp 803. Rel. min. Djaci Falcão. Pleno. DJ de 17.03.1978 y, posteriormente a la Constitución de 1988, la ya mencionada ADI 1.480.

[26] Cf., v.g., más recientemente, STF. ADI MC 2.356. Red. p/ acórdão min. Ayres Britto. Pleno. DJe de 18.05.2011.

[27] "Art. 60, § 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir:

(…)

IV - los derechos y garantías individuales".

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

La posibilidad de que un tratado constitucionalizado en el derecho brasileño se considere inconstitucional es improbable, aunque no imposible. Teniéndose en cuenta, especialmente, la divergencia entre cortes nacionales y cortes internacionales sobre la interpretación de determinado precepto contenido en un tratado de derechos humanos, la declaración de inconstitucionalidad puede, de hecho, suceder. La reciente divergencia entre el STF y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la adecuación de la ley brasileña de amnistía a la Constitución Brasileña y a la Convención Americana[28] puede tener como consecuencia el que los tribunales brasileños prioricen la constitución nacional en detrimento del tratado internacional, pudiendo esto acarrear la declaración de inconstitucionalidad de este último.

Por otro lado, es importante mencionar que las enmiendas constitucionales pueden constituir un parámetro de control de constitucionalidad, como ha sido reconocido en varias ocasiones por el STF[29] - siempre que no contradigan ninguna cláusula pétrea. En este sentido, aunque ningún tratado constitucionalizado en la forma del art. 5º, § 3º, haya servido de parámetro de control de constitucionalidad en algún caso juzgado por el STF, esta sería una consecuencia lógica que se debería retirar de la jurisprudencia del tribunal. Un reconocimiento de este tipo permitiría considerar inconstitucionales cualesquiera actos normativos que contrariasen lo dispuesto en un tratado previamente constitucionalizado en el derecho brasileño[30].

Con la intención de evitar conflictos entre la constitución brasileña y los tratados de derechos humanos, es importante considerar la necesidad de desarrollar algunas técnicas de control de constitucionalidad. Podemos recordar aquí dos: el control previo y la modulación temporal de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad.

Algunos sistemas jurídicos utilizan la modalidad de control previo de los tratados. La gran ventaja de esta opción es que permite que se

[28] Cf., en el ámbito do STF, STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010 y, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, de 24 de novembro de 2010.

[29] Cf., v.g., RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.

[30] De hecho, hasta el presente solo un tratado de derechos humanos ha sido constitucionalizado en la forma del art. 5º, § 3º, en el derecho brasileño: la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas Portadoras de Deficiencia y su Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

verifique la constitucionalidad del tratado antes incluso de ser internalizado. Una eventual declaración de inconstitucionalidad, por tanto, imposibilitaría que el Poder Ejecutivo ratificase el tratado, evitando así la responsabilidad internacional del Estado que muchas veces puede ocurrir en la declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*, cuando el tratado ya se encuentra en vigor internacionalmente. Al menos un ministro del STF, Gilmar Mendes, ya ha defendido la necesidad del control previo de los tratados, que podría realizarse entre la promulgación del decreto legislativo que lo aprueba y el decreto del ejecutivo, que lo promulga en el derecho interno después de su ratificación o adhesión[31]. Aunque el STF nunca haya sido interpelado directamente sobre la posibilidad de control de constitucionalidad del decreto legislativo, se presume que la jurisprudencia antigua del tribunal no permitiría tal posibilidad, por considerar que, antes del decreto legislativo, aún no existe propiamente un acto normativo que deba ser controlado[32]. La posición del ministro Mendes, sin embargo, es importante por no estimular los conflictos entre la constitución y los tratados, incluidos los de derechos humanos.

Otra técnica que contribuiría a la reducción de los mencionados conflictos es la modulación de los efectos temporales de una eventual declaración de inconstitucionalidad. Se sabe que los tratados que establecen la cláusula de denuncia suelen prever un período para que esta produzca sus efectos. En los casos en que sea declarada la inconstitucionalidad de un tratado, es importante que la decisión establezca un plazo para que tal declaración produzca sus efectos. Esto haría posible que el Poder Ejecutivo denunciase el tratado o determinase otra forma de extinguirlo. La gran ventaja del uso de esta técnica es evitar que el Estado pueda ser responsabilizado internacionalmente por no cumplir el tratado en virtud de una decisión de inconstitucionalidad de su Poder Judicial.

2.2. ¿Control de convencionalidad de la ley? Procedimientos y competencia jurisdiccional

Los tribunales brasileños, incluso aquellos que poseen la facultad de uniformizar la interpretación constitucional (STF) y legal (STJ) no se han referido, expresamente, a la idea de control de convencionalidad,

[31] Voto del Ministro Gilmar Mendes en el ya citado RE nº 466.343.

[32] Es lo que se extrae, v.g., de la ADI nº 1.480, que establece que el tratado solamente se internaliza en el derecho brasileño después de la promulgación y publicación del decreto de Ejecutivo.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

tal como ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente a partir del caso Myrna Mack Chang[33].

La idea de control de convencionalidad ha servido, especialmente, para establecer formas y procedimientos propios de fiscalización, en el derecho interno, de la CADH. Más específicamente, ha sido útil en los sistemas jurídicos que no otorgaron a los tratados de derechos humanos ningún estatus privilegiado en la jerarquía de las normas jurídicas.

En el caso de Brasil, se puede decir que la principal función de esa idea ya fue desarrollada por el derecho interno desde la EC nº 45/2004, que permite que los tratados de derechos humanos adquieran el estatus equivalente al de las enmiendas constitucionales, y la posterior jurisprudencia del STF, que reconoce a todos los tratados de derechos humanos, independientemente de cualquier formalidad adicional, un estatus supralegal.

Así, el control de convencionalidad se realiza en Brasil de dos formas: por medio del control de constitucionalidad, por el que se verifica que las leyes y otros actos normativos son conformes a determinado tratado de derechos humanos debidamente constitucionalizado en el derecho brasileño; y por medio del control de supralegalidad, por el que se controla que las leyes y demás actos normativos sean conformes a cualesquiera tratados de derechos humanos – que, poseen, *ipso facto*, carácter supralegal.

Aunque no haya muchos ejemplos de juicios en los que los tratados de derechos humanos hayan servido como parámetro de control (de constitucionalidad o de supralegalidad), es importante recordar, como ya se ha afirmado, que se han mencionado preceptos de la CADH en casos importantes sobre la razonable duración del proceso, las garantías judiciales y la libertad de expresión y del ejercicio profesional. Sin embargo, aún se debe elaborar una delimitación más clara de lo que constituyen esos parámetros de control de constitucionalidad y supralegalidad.

Un caso reciente juzgado por el STJ quizás pueda servir de ejemplo sobre el inicio de un delineamiento sobre tales parámetros. En este caso, el tribunal anuló un acto administrativo que impedía el nombramiento y la toma de posesión de un cargo público por parte de un deficiente físico en base a la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas Portadoras de Deficiencia – tratado este que, como se ha dicho anteriormente, ha

[33] Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

sido constitucionalizado en el derecho brasileiro[34].

3. LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES Y LAS CORTES INTERNACIONALES

3.1. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana por los tribunales nacionales, el legislador nacional y las administraciones públicas

Aunque haya algunos proyectos de ley y de enmienda constitucional que tienen como objetivo regular la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y también de los tribunales internacionales en general), no existe ninguna norma en el derecho brasileño regulando específicamente el asunto. Las soluciones sobre la ejecución de las decisiones que condenan a Brasil han sido encontradas casuísticamente, lo que debilita la autoridad de las decisiones internacionales y la previsibilidad en lo que se refiere a su cumplimiento en el derecho interno. Ante este cuadro, es importante verificar rápidamente cuáles son las dificultades encontradas para la ejecución de las sentencias.

Cuando se produjeron las primeras condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra o Brasil, surgió la duda de si las decisiones de este tribunal internacional deberían ser homologadas tal como lo son las sentencias extranjeras. En Brasil, el STJ es el órgano competente de dicha homologación. Algunos no tardaron en notar, sin embargo, que había una diferencia significativa entre decisiones de tribunales internacionales y decisiones de tribunales extranjeros[35]. En las primeras, el Estado brasileño es partícipe de los tratados que crean los tribunales e internaliza sus normas, algo que no sucede con las segundas. Además, el propio STJ ya ha afirmado que las sentencias de los tribunales internacionales "no son decisiones judiciales o sentencias extranjeras que requieran cualquier tipo de *exequator* u homologación" [36].

Una de las mayores dificultades visualizadas por los autores hace referencia a la determinación de las obligaciones pecuniarias por parte de

[34] Cf. STJ. RMS 34.902. Rel. min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJe de 13.12.2011.

[35] Cf. RAMOS, André de Carvalho, "A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil", em CASELLA, Paulo Borba *et al* (org.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 458-459.

[36] STJ. SEC 2.707.Rel. min. Francisco Falcão. Corte Especial. DJe de 19.02.2009.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

la Corte Interamericana. Más recientemente, el Estado brasileño estableció una dotación presupuestaria propia para el cumplimiento de tales decisiones, lo que facilita bastante el pago de las indemnizaciones. No obstante, no existe un mecanismo obligatorio para que el Estado establezca tal dotación. Esto significa que, si no hay una disposición por parte del Poder Ejecutivo Federal (aquel que detenta la competencia para dirigir las relaciones exteriores) para pagar la indemnización, se podría imaginar que tendría que ser pagada por medio de *precatório* – el sistema judicial que existe para el pago forzado de las indemnizaciones por Estado brasileño. Sucede que el sistema de *precatórios* es extremamente moroso e impondría unas cargas excesivas a la víctima que tendría que aguardar mucho tiempo para que su demanda sea juzgada y acogida por un tribunal internacional. Especialmente en virtud del carácter especial de la sentencia internacional, algunos autores han considerado que el pago forzado de una indemnización se realizaría por medio de *precatório*, pero de manera prioritaria, en virtud del principio de celeridad[37]. Es necesario ponderar, sin embargo, si el hecho de que tal indemnización haya sido determinada por un tribunal internacional evitaría accionar el sistema de *precatórios* – originalmente concebido para el pago de deudas del Estado derivadas de decisiones de tribunales internos.

En cuanto a las demás obligaciones (que no guardan relación con el pago de indemnizaciones), se sabe que la Corte Interamericana difícilmente establece la necesidad de la observancia de medios específicos para su cumplimento. Es competencia del Estado, por norma, elegirlos. En algunos casos, cuando no hay controversias muy intensas sobre el cumplimento, el propio Estado brasileño no suele tardar en adoptar las medidas prescritas en la sentencia. En otras situaciones, no obstante – y el caso Gomes Lund es un ejemplo en este sentido – la falta de una legislación propia dificulta la visualización de un medio de forzar a que el Estado cumpla la sentencia, pudiendo generar una sistemática inobservancia de lo establecido en la decisión internacional y una consecuente responsabilidad internacional por la conducta ilícita.

La falta de una legislación específica sobre la ejecución de sentencias hace que la responsabilidad del Poder Judicial interno sea doble. Frente a casos como este, en el que existe un vacío legislativo, se hace necesario un activismo judicial. A aquellos que se sientan perjudicados por el no

[37] Cf. RAMOS, André de Carvalho. "A execução das sentenças...", pp. 460-462.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

cumplimiento de las sentencias pueden recurrir a los jueces internos, que poseen no sólo la facultad, sino también el deber, de hacer valer las sentencias oriundas de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo instrumento de creación fue debidamente internalizado en el derecho brasileño con estatus, al menos, supralegal.

Tal actuación de los jueces internos para hacer efectiva la ejecución de las sentencias internacionales refuerza la necesidad de un diálogo mayor entre tales actores, lo que nos lleva a la cuestión de la relación existente entre el derecho internacional y el derecho interno, bajo el prisma de la incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna en Brasil.

3.2. La incorporación de la jurisprudencia internacional a la jurisprudencia interna: mecanismos y efectiva incorporación

Recientemente, el STF comenzó a citar con mayor frecuencia algunas decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además de aludir a cuestiones relativas a la libertad de expresión y a la libertad de ejercicio profesional, se han mencionado sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana en los casos más recientes que abordaban la imposibilidad de que los tribunales militares juzgasen a civiles[38] y el derecho de asistencia consular[39]. Incidentalmente, y sin mayores repercusiones para la tesis principal defendida en el juicio, otras sentencias de la Corte Interamericana han sido mencionadas[40].

La referencia a tales decisiones, no obstante, no representa un impacto demasiado significativo en el derecho interno brasileño. La mención a dichas decisiones, normalmente, se hace para ilustrar algún punto o para clarificar alguna cuestión controvertida. Además del lenguaje de persuasión – propio de la lógica de los derechos humanos en el plano internacional – no se considera que las sentencias de la Corte

[38] Cf. STF. HC 109.544. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 31.08.2011; HC 107.731. Rel. min. Ayres Britto. Segunda Turma. DJe de 27.09.2011 e HC 106.171. Rel. min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe de 14.04.2011.

[39] Cf. STF. Ext. 1.126. Rel. min. Joaquim Barbosa. Pleno. DJe de 11.12.2009.

[40] Por ejemplo, en las importantes STF. ADPF 132. Rel. min. Ayres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011 y STF. ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto. Pleno. DJe 14.10.2011, sobre el reconocimiento de las uniones homoafectivas, y en la STF. Pet 3.388. Rel. min. Carlos Britto. Pleno. DJe de 25.09.2009, sobre demarcación de tierras indígenas.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Interamericana posean una autoridad propia. Tales decisiones del STF ni siquiera se plantean la posibilidad de que estas decisiones posean, en el derecho interno, la fuerza normativa obligatoria capaz de rechazar otras decisiones judiciales.

Evidentemente, no se puede subestimar el impacto de la referencia creciente a las decisiones de la Corte Interamericana: estas decisiones promueven una apertura mayor al diálogo entre cortes internacionales e internas y hacen posible la toma de decisiones que traten de acomodar intereses existentes en el sistema jurídico internacional y en el sistema jurídico interno. No obstante, la falta de consideración de una fuerza obligatoria a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos como elemento de interpretación, puede no hacer viable la propia jerarquía privilegiada que los tratados de derechos humanos poseen en el derecho brasileño. Esto porque los tratados de derechos humanos establecen patrones que pretenden ser cumplidos más allá de las fronteras de un único Estado. Si la interpretación de los preceptos de tales tratados no es asociada, de algún modo, a una institución que también ultrapasa las fronteras de los Estados (en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), los derechos humanos internacionales pueden ser interpretados por los tribunales internos con poca o ninguna referencia a su elemento de "internacionalidad". Este es el caso de los Estados Unidos da América que, aunque sean partes en diversos tratados de derechos humanos, encuentran diferentes formas de establecer un "excepcionalismo" en la lectura de tales instrumentos, en contra de la manera en que las instituciones internacionales interpretan los derechos humanos[41].

En relación a la incorporación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el gran desafío del derecho brasileño (y, en especial, del STF), es conceder una autoridad mayor a tales decisiones, permitiéndoles funciones que vayan más allá la mera función de ilustrar o confirmar un entendimiento ya anteriormente establecido sobre un ponto jurídico específico.

[41] Cf., v.g., KRISCH, Nico, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *European Journal of International Law*, vol. 16, nº 3, 2005, pp. 369-408.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional". *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 113-118, 1998, pp. 57-94.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, "A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo 3º do art. 5º da Constituição Federal", *Cena Internacional*, vol. 7, nº 1, 2005, pp. 3-22.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho, "A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil", em CASELLA, Paulo Borba *et al* (org.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*, São Paulo: Atlas, 2008, pp. 451 -468.

SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

5. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores: http://dai-mre.serpro.gov.br/

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: http://portal.sdh.gov.br/

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br

Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br

6. JURISPRUDENCIA BÁSICA

STF. RHC 79.785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003.

STF. ADI MC 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001.

STF. ADPF 153. Rel. min. Eros Grau. Pleno. DJe de 05.08.2010.

STF. RE 253.071. Rel. min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ de 29.06.2001.

STF. RE 466.343. Rel. min. Cezar Peluso. Pleno. DJe 04.06.2009.

STF. RE 511.961. Rel. min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 13.11.2009.

STF. RE 593.586 ED. Rel. min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe de 29.10.2009.

STF. RE 80.004. Rel. min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ de 29.12.1977.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769