

# Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño

Constitution and international human rights treaties: an ambivalent relation in brazilian law

La Constitution et les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme: une relation ambivalente en droit brésilien

Constituição e tratados internacionais de direitos humanos: uma relação ambivalente no direito brasileiro

Eleonora Mesquita Ceia<sup>1</sup>

<http://orcid.org/0000-0002-0756-199X>

---

1 Doctora en Derecho Constitucional Internacional por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad de Saarland, Saarbrücken, Alemania (2010). Profesora adjunta de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Sociales Aplicadas del Instituto Brasileño de Mercado de Capitales (Ibmec), Río de Janeiro, Brasil. Documento de identidad: 10747572-5. Dirección postal: Rua da Passagem, 7/104, Botafogo, Río de Janeiro, RJ, CEP: 22290-030, Brasil. Correo: emceia@gmail.com.

Cómo citar este artículo:

Ceia, E. (2016). Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(125), 357-383.

Recibido: 21 abril 2016.

Aprobado: 10 octubre 2016.

## Resumen

El artículo pretende examinar las posiciones divergentes de la doctrina, del Supremo Tribunal Federal y del constituyente sobre la relación entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil. Son interpretaciones contradictorias de las pocas normas constitucionales relacionadas con el asunto, con la prevalencia de una postura conservadora en favor de la supremacía formal de la Constitución, en detrimento de un diálogo constructivo entre normas internas e internacionales en materia de protección de los derechos humanos. El objetivo es resaltar las consecuencias del modelo dominante en el derecho brasileño para el compromiso del país con la protección de la persona humana, tanto a nivel interno como a nivel internacional.

## Palabras clave

Tratados internacionales, Constitución, Derechos Humanos, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

## Abstract

The article aims to examine the divergent positions of the doctrine, the Supreme Federal Court and the constituent on the relationship between the Constitution and international human rights treaties in Brazil. They are conflicting interpretations of the few constitutional rules related to the matter, prevailing a conservative position in favor of the formal supremacy of the Constitution, rather than promoting a constructive dialogue between internal and international norms on the protection of human rights. The goal is to highlight the consequences of the dominant model in Brazilian law for the State's commitment to the human rights protection, at both domestic and international levels.

## Key words

International treaties, Constitution, human rights, Supreme Federal Court, Brazil.

## Résumé

L'article vise à examiner les positions divergentes de la doctrine, de la Cour Suprême Fédérale et du constituant sur la relation entre la Constitution et les traités internationaux sur les droits de l'homme au Brésil. Ils s'agit d'interprétations contradictoires des quelques règles constitutionnelles relatives à la question, avec la prévalence d'une position conservatrice en faveur de la suprématie formelle de la Constitution, au détriment d'un dialogue constructif entre les normes internes et internationales pour

la protection des droits de l'homme. L'objectif est de mettre en évidence les conséquences du modèle dominant en droit brésilien pour l'engagement du pays à la protection de la personne humaine, tant au niveau national qu'international.

### Mots-clés

Traités internationaux, Constitution, droits de l'homme, Cour Suprême Fédérale, Brésil.

### Resumo

O artigo pretende examinar as posições divergentes da doutrina, do Supremo Tribunal Federal e do constituinte sobre a relação entre a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. São interpretações contraditórias das poucas normas constitucionais relacionadas com o assunto, com a prevalência de uma postura conservadora em favor da supremacia formal da Constituição, em detrimento de um diálogo construtivo entre as normas internas e internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. O objetivo é ressaltar as consequências do modelo dominante no direito brasileiro para o compromisso do país com a proteção da pessoa humana, tanto em nível nacional como internacional.

### Palavras-chave

Tratados internacionais, Constituição, direitos humanos, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

## Introducción

Tradicionalmente el derecho brasileño es silente sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. Sin embargo, el constituyente de 1988 rompió con esta lógica e incorporó a la Constitución normas sobre el tratamiento de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico interno. De particular interés es la norma original del artículo 5º párrafo 2º, según la cual los derechos y las garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Sobre la base de esta regla, parte importante de la doctrina nacional siempre ha defendido un tratamiento especial a los tratados de derechos humanos por el ordenamiento jurídico brasileño, a saber: los tratados de este tipo son normas de jerarquía constitucional y de incorporación automática en el derecho interno.

No obstante, este punto de vista nunca fue aceptado por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), órgano de cúpula del Poder Judicial brasileño. Desde su primera manifestación sobre la posición de los tratados internacionales en el derecho brasileño, en 1977, el Tribunal ha asumido una postura conservadora, basado en la teoría de la paridad normativa entre tratados y leyes ordinarias, independientemente de la materia versada en los tratados.

Es cierto que, en 2008, el Tribunal revisó esa posición en virtud de la incorporación del párrafo 3º al artículo 5º de la Constitución, a través de la Enmienda Constitucional N° 45 de 2004. Este párrafo establece que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que fueren 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.

Debido a esta modificación constitucional, el Tribunal pasó a adoptar la teoría del doble estatuto de los tratados internacionales de derechos humanos: aquellos aprobados por el procedimiento previsto en el artículo 5º párrafo 3º detienen jerarquía constitucional y aquellos no aprobados por este procedimiento, jerarquía suprallegal. Este cambio jurisprudencial es criticado por la doctrina, pues instituye erróneamente rangos normativos diferenciados

para los derechos humanos incorporados al derecho brasileño por medio de tratados internacionales.

El artículo pretende examinar las posiciones divergentes de la doctrina, del STF y del constituyente sobre la relación entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Son interpretaciones contradictorias de las pocas normas constitucionales relacionadas con el asunto, con la prevalencia de una postura conservadora en favor de la supremacía formal de la Constitución, en detrimento de un diálogo constructivo entre normas internas e internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

El objetivo es resaltar las consecuencias del modelo dominante establecido por el STF para el compromiso del país con la protección de la persona humana, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Cumple recordar que uno de los principios que rigen las relaciones internacionales de Brasil es la prevalencia de los derechos humanos, según el artículo 4º II de la Constitución.

El artículo tiene la siguiente estructura: la primera sección presenta la apertura de la Constitución de 1988 para el derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de destacar la voluntad del constituyente originario con respecto al tratamiento de los tratados de derechos humanos en el orden jurídico interno. La segunda sección explica el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales al derecho brasileño, con énfasis en la teoría dominante (el dualismo moderado) y las críticas dirigidas a la misma. La tercera sección se ocupa de las diversas tesis a la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho brasileño, destacando el choque entre la doctrina y el STF en relación con el valor normativo de los tratados sobre derechos humanos. La cuarta sección analiza los pocos casos de conflicto entre la Constitución y los tratados de derechos humanos – como, por ejemplo, sobre la ley de amnistía brasileña de 1979, la prisión civil del depositario infiel y el doble grado jurisdiccional – y la técnica utilizada por el Tribunal para solucionarlos.

La última sección evalúa críticamente la posición dominante del STF – la cual refleja la postura general y conservadora del Judiciario brasileño sobre el derecho internacional de los derechos humanos – que en casos difíciles puede ocasionar la responsabilidad internacional del país.

## 1. La apertura de la CRFB/88 al derecho internacional de los derechos humanos

La promulgación de la CRFB/88 es considerada marco inicial del proceso de redemocratización en Brasil. Eso porque esta Constitución consolida la ruptura jurídica con el régimen autoritario instaurado por la dictadura civil-militar en 1964. De hecho, el nuevo orden constitucional de 1988 no sólo apenas asignó una relevancia especial a la protección de los derechos fundamentales, como también posibilitó avances significativos relativos al compromiso político del País en el sistema internacional de protección de la persona humana.

El acercamiento del derecho constitucional brasileño con los derechos fundamentales, tras años de régimen antidemocrático, está configurado al comienzo del texto de la CRFB/88, en el artículo 1º inciso III, donde se proclama el principio de la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho brasileño. Esto demuestra que la CRFB/88 reconoce los derechos fundamentales, cuyo origen común es el valor insustituible del ser humano, como elementos esenciales para la realización del principio democrático (Piovesan, 2007, p. 26).

En comparación con las constituciones anteriores, la CRFB/88 innovó cuando situó un extenso rol de derechos y garantías fundamentales, garantizándoles, incluso, el status de cláusulas constitucionales intangibles. Vale decir, derechos y principios de importancia fundamental al Estado Democrático de Derecho establecido por la CRFB/88. Además, la CRFB/88 presenta un catálogo de derechos fundamentales más extenso que los anteriores, una vez que garantiza no sólo derechos civiles y políticos, pero también derechos sociales, económicos, culturales y ambientales. La obligatoriedad de estos derechos ante el Poder Público se asegura por el principio de la aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales previsto en el artículo 5º párrafo 1º de la CRFB/88 (Piovesan, 2007, pp. 33-36).

El constituyente de 1988 también asume compromisos principiológicos con la actuación del Brasil en sus relaciones internacionales, revelando una orientación internacionalista inédita en la historia constitucional brasileña. En esta perspectiva, la CRFB/88 es la primera constitución brasileña a enunciar el principio de la prevalencia de los derechos humanos como fundamento a regir el País en sus relaciones internacionales, en conformidad con el artículo 4º inciso II de la CRFB/88. Según Piovesan (2007, p. 40):

La prevalencia de los derechos humanos, como principio a regir Brasil en el ámbito internacional, no sólo implica el compromiso del país en el proceso de elaboración de normas vinculadas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino la búsqueda de la plena integración de dichas reglas en el orden jurídico interno brasileño. Implica, además, el compromiso de adoptar una posición política contraria a los Estados donde los derechos humanos sean lesionados gravemente. [traducción libre de la autora]

En efecto, a partir de la promulgación de la CRFB/88 Brasil se dispone a ratificar importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, como, por ejemplo, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1989; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1992; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1992; y la Convención Americana de los Derechos Humanos (el Pacto de San José), de 1992 (Trindade, 1998, p.111).

Con relación a la integración de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico brasileño cabe destacar la regla del artículo 5º párrafo 2º de la CRFB/88: “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”<sup>2</sup>. Este dispositivo constituye una verdadera cláusula de apertura del Derecho Constitucional brasileño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Eso porque el artículo 5º párrafo 2º atribuye a las establecidas en tratados internacionales sobre derechos humanos una naturaleza especial, en la medida en que los reconoce como normas integradas a la Constitución material.

Según Piovesan (2007, p. 52) y Trindade (1998, pp.133-134), el artículo 5º párrafo 2º de la CRFB/88 recibe los derechos enumerados en los tratados internacionales de derechos humanos de que Brasil sea parte, al rol de los derechos fundamentales de la Constitución y, por consecuencia, son directa y inmediatamente exigibles en el derecho interno brasileño. En definitiva, para la doctrina brasileña más autorizada sobre el tema, el artículo 5º párrafo 2º atribuye a todos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Brasil el rango de normas constitucionales.

---

2 Traducción libre de la autora.

## 2. La incorporación de los tratados internacionales al derecho brasileño

El proceso de incorporación de los tratados internacionales al derecho brasileño resulta de una cooperación estrecha entre dos órganos del Estado brasileño: los Poderes Ejecutivo y Legislativo. El Poder Judicial no participa de este proceso, actuando sólo posteriormente – cuando el tratado ya esté incorporado al derecho interno – en el caso de ser provocado a controlar la constitucionalidad de la norma internacional.

De acuerdo con el artículo 84 VIII de la CRFB/88, compete privativamente al Presidente de la República celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a referendo del Congreso Nacional. De otra parte, el artículo 49 I de la CRFB/88 estipula que es de competencia exclusiva del Congreso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional. La lectura conjugada de estos dispositivos explica que el gobierno conduce la política exterior, mientras que el Legislativo ejerce el control sobre las actividades del Ejecutivo.

Cumple señalar la aparente contradicción entre el artículo 84 VIII y el artículo 49 I, ambos de la CRFB/88. Mientras el primero determina que todos los tratados se presentarán al Legislativo para su aprobación, el segundo enfatiza que sólo los tratados que incluyan obligaciones o compromisos gravosos para el patrimonio nacional deben ser refrendados por el Legislativo. Existe acuerdo sobre el hecho de que, en este caso, debido a la tradición constitucional brasileña, el tenor del artículo 84 VIII de la CRFB/88 tiene prioridad sobre la regla del artículo 49 I. Luego, todos los tratados que sean celebrados por el gobierno necesitan la aprobación del Congreso Nacional. La única excepción a esta regla son los acuerdos ejecutivos, cuya celebración se realiza a través de un proceso simplificado, al prescindir de la ratificación (Ceia, 2013a, pp. 17-18).

El Presidente de la República dispone de una amplia discrecionalidad sobre la conclusión de los tratados internacionales. Así, después de la conclusión de las negociaciones el Presidente, por ejemplo, puede renunciar al tratado o presentar el texto a cualquier tiempo al Congreso Nacional para su aprobación. De la misma forma, aunque el Legislativo ha aprobado el tratado, el Presidente es libre para decidir si ratifica el acuerdo internacional o no (Ceia, 2013a, p. 19).



Si el Presidente decide no renunciar al tratado, él remete el texto del mismo junto con las razones para su aprobación al Congreso Nacional. La cuestión sobre la relevancia y el contenido del tratado es discutida y votada por separado primeramente en la Cámara de los Diputados y seguidamente en el Senado Federal.

Para la aprobación de un tratado internacional es necesario que cada casa del Congreso Nacional apruebe el tratado – en un turno único – por la mayoría simple de los miembros presentes. Para los tratados internacionales de derechos humanos hay la previsión de un rito especial de aprobación previsto en el artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88, a saber: la aprobación del tratado – en dos turnos – por la mayoría cualificada de 3/5 de los miembros de cada casa del Congreso. Como se verá más adelante, caso un tratado sobre derechos humanos sea aprobado por este rito de aprobación más rígido, asumirá jerarquía equivalente de enmienda constitucional.

Caso el tratado sea aprobado por el Congreso, esta decisión debe ser emitida por un decreto legislativo, lo cual es promulgado por el Presidente del Congreso Nacional e luego publicado en el Diario Oficial de la Unión. En cambio, si el Congreso rechaza el tratado, la decisión deberá ser meramente informada al Presidente de la República. Ejemplos de tratados no aprobados por el Legislativo brasileño son raros (Ceia, 2013a, pp. 20-21).

La doctrina brasileña defiende que el Congreso Nacional no tiene la competencia de modificar el contenido del tratado. Eso porque el Poder Ejecutivo es el único competente para las negociaciones de tratados internacionales. De este modo, sólo este Poder puede traer cambios a un tratado, ya que esto requiere nuevas negociaciones. En contrapartida, la doctrina aboga la posibilidad de declaración de reservas al tratado por el Poder Legislativo, siempre que sean adecuadas (Mello, 2004, p. 238).

Es importante registrar la controversia presente en el derecho brasileño con respecto al órgano competente para denunciar tratados internacionales. La CRFB/88 no trata del asunto y la doctrina es divergente (Mazzuoli, 2011, p. 307). Una parte se pronuncia a favor de la denuncia sin la participación del Legislativo, pues considera que la intervención legislativa solamente es necesaria para la ratificación de los tratados, de acuerdo con el artículo 84 VIII de la CRFB/88. Para la denuncia no hay obligación semejante prevista en el texto constitucional.

Mientras otra parte de la doctrina sostiene que la participación del Legislativo para denunciar los tratados es necesaria, con fundamento en la competencia exclusiva del Congreso para resolver definitivamente sobre tratados, en conformidad con el artículo 49 I de la CRFB/88. Si la ratificación del tratado depende de la aprobación previa del Congreso, de la misma manera, para la denuncia, el Presidente de la República necesita de la autorización del Congreso (principio del acto contrario).

Todavía no se pronunció el STF sobre el tema, que aguarda definición en el ámbito de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) N° 1.625 – pendiente de juicio por el STF – sobre la constitucionalidad de la denuncia del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por el gobierno brasileño en 1996.

Después de la aprobación del tratado por el Congreso Nacional ocurre la promulgación de la norma internacional por el Presidente de la República. El acto de la promulgación confirma la existencia de un tratado concluido por el Estado brasileño y reúne los trámites necesarios para su ejecución en el derecho interno. En Brasil el tratado es promulgado por un decreto del Presidente de la República. Tras la promulgación el texto del decreto presidencial debe ser publicado en el Diario Oficial de la Unión. De acuerdo con la jurisprudencia del STF tanto la promulgación como la publicación del decreto presidencial son actos necesarios para la entrada en vigor del tratado internacional en el derecho brasileño (Ceia, 2013a, pp. 22-23).

Según la posición del STF, el sistema de incorporación de tratados internacionales al derecho brasileño sigue la tesis del dualismo moderado. Eso porque en conformidad con el derecho brasileño no es necesario que el Poder Legislativo edite una ley, que reproduzca el contenido del tratado, con la finalidad de que este tenga vigencia en el ordenamiento jurídico interno. Para la entrada en vigor en el derecho brasileño, basta con que el Presidente de la República promulgue el tratado por medio de un decreto de ejecución, que debe, a su vez, ser publicado en el Diario Oficial de la Unión, como se ha explicado anteriormente.

Cabe resaltar que con la promulgación mediante decreto presidencial el tratado no es transformado en norma nacional, al revés, es aplicado por los tribunales y jueces nacionales como norma de derecho internacional público. Eso es comprobado por la regla del artículo 102 inciso III de la CRFB/88, que determina: “compete al Supremo Tribunal Federal [...] juzgar, mediante

recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida declarar la inconstitucionalidad de un tratado o de una ley federal<sup>3</sup>. Caso el tratado internacional, tras la promulgación, fuese transformado en norma de derecho interno, el constituyente no necesitaría diferenciar en este dispositivo tratado de ley federal (Bahia, 2000, p. 94).

Por lo tanto, la aplicabilidad del tratado internacional en el orden jurídico brasileño no depende de la edición de una ley, pues el tratado ya fuera aprobado definitivamente por el Congreso Nacional. Para la entrada en vigor del tratado en el derecho interno son suficientes la aprobación parlamentaria, la promulgación del tratado mediante un decreto presidencial y su publicación oficial. En este sentido, el Ministro Oswaldo Trigueiro (Supremo Tribunal Federal, 1971, pp. 71-72) explica:

No me parece conveniente que Brasil firme un tratado, que este tratado sea aprobado definitivamente por el Congreso Nacional, que enseguida sea promulgado y, a pesar de todo ello, su validez todavía queda dependiendo de nuevo acto del Poder Legislativo. [...] La objeción sería ponderable si la aprobación del tratado estuviera a otro órgano, que no el Congreso Nacional. Sin embargo, si la aprobación es acto del mismo poder elaborador del derecho escrito, no se justificaría que, además de solemnemente aprobar los términos del tratado, el Congreso Nacional todavía tuviese de ratificarlos, otra vez, en nuevo instrumento jurídico. [...] Por otro lado, la Constitución incluye, bajo la competencia del Supremo Tribunal, la atribución de juzgar, mediante recurso extraordinario, causas oriundas de la instancia inferior, cuando la decisión recurrida fuera contraria al texto de tratado o de ley federal. A mi juicio, dicha norma consagra la vigencia de los tratados, independientemente de ley especial. Porque, si esta vigencia dependiese de ley, a referencia a tratado, en el dispositivo constitucional, sería totalmente ociosa. [traducción libre de la autora]

Una parte de la doctrina entiende de forma contraria al STF, pues defiende la adopción del monismo en el derecho brasileño. Es decir, alega que los momentos de la entrada en vigor del tratado en los planos internacional y nacional coincidan, para una mayor coherencia temporal y especial de la vinculación de Brasil a los compromisos internacionales. En consonancia con esta posición Mazzuoli (2011, p. 358) afirma:

---

3 Traducción libre de la autora.

Para nosotros, la vigencia de un tratado en el plano interno prescinde del decreto presidencial de promulgación. Ahora bien, la Constitución de 1988 establece que compete privativamente al Presidente de la República sancionar, promulgar y publicar las leyes, sin referirse a los tratados celebrados por Brasil. Y si la Carta silenció sobre eso, es porque consideró innecesaria la promulgación interna del compromiso internacional que, técnicamente, ya entró en vigor en el país – desde que ya en vigor en el plano internacional – a partir del cambio o depósito de sus instrumentos de ratificación. Sería un contrasentido admitir que un Estado sea obligado a ejecutar un tratado en el ámbito internacional, desde su ratificación, y que este mismo tratado no pueda ser aplicado internamente por faltarle la promulgación ejecutiva. [traducción libre de la autora]

A pesar de la CRFB/88 no establecer la prever a exigencia de la promulgación y publicación del decreto presidencial para la vigencia del tratado internacional en el derecho interno, el STF considera dichos actos imprescindibles a tal efecto. Rezek (2005, p. 79) aclara que el fundamento de dicha posición del STF es el reconocimiento como obligatoria de la práctica antigua – en vigor desde la época del Imperio – del Jefe de Estado promulgar un decreto para dar cumplimiento interno al tratado ratificado por el país.

Divergencias entre la doctrina y el STF son presentes también en respecto al problema sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho brasileño, como se expone enseguida.

### 3. La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho brasileño

La CRFB/88 no contiene norma expresa sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, con excepción del párrafo 3° del artículo 5° introducido el diciembre de 2004 con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos. Por consecuencia, ha correspondido al STF, en su función de intérprete de la Constitución, establecer posición sobre la materia.

En el juicio del Recurso Extraordinario (RE) N° 80.004/SE, de 1° de junio de 1977, sobre el conflicto entre las disposiciones de la Ley Uniforme sobre

Letras de Cambio y Pagarés (Convenio de Ginebra de 1930) y el Decreto-Ley N° 427 de 22 de enero de 1969, el STF afirmó que, en caso de conflicto entre tratado y ley posterior, debe primar la norma de derecho interno, aunque pueda Brasil ser responsabilizado en el ámbito internacional por el incumplimiento del tratado. El Tribunal fundamentó su posición con base en la ausencia de dispositivo constitucional que determine la prevalencia al tratado. De esta forma, los tribunales estaban obligados a prestar eficacia al derecho interno, porque oriundo del Congreso Nacional, Poder representativo de la soberanía popular.

Esta decisión del STF – que se aplicó hasta 2008 – siempre ha sido criticada por la mayoría de la doctrina, pues hacía posible, por ejemplo, que un tratado internacional – incluso de protección de la persona humana – fuese revocado por una ley ordinaria brasileña posterior. Tal hecho podría configurar el incumplimiento del tratado y, por consecuencia, acarrear la responsabilidad internacional del Estado (Ceia, 2011, p. 28). Además, eso afectaría negativamente el compromiso político del país con la protección de los derechos humanos ante la comunidad internacional. Así, alega Fraga (2006, p. 114):

En conformidad con el monismo, con prevalencia del Derecho Internacional, el sistema jurídico brasileño no admite, en caso de conflicto de norma interna y convencional, sea violada la última. Excepcionalmente, puede ocurrir que la ley sea aplicada, en perjuicio del tratado, acarreando, con esta ilicitud, la responsabilidad internacional del Estado. La decisión, ahí, será, sin embargo, política y no jurídica. Mejor denunciar el acuerdo firmado que lo violar, si su vigencia no interesar más al país. El principio superior *pacta sunt servanda*, base de todo reglamento, y que informa, también, el derecho brasileño debe ser respetado. [traducción libre de la autora]

En general, en el derecho brasileño, los tratados internacionales incorporados al derecho interno tienen la misma jerarquía normativa que las leyes ordinarias. De ahí resultan dos importantes consecuencias: (a) las antinomias entre tratado y ley interna son solucionadas mediante la regla *lex posteriori* y (b) en su calidad de legislación infraconstitucional los tratados están sujetos al control judicial.

Existen dos tipos de materias que constituyen excepciones a la regla de paridad normativa jerárquica entre tratado y ley ordinaria. La primera se basa en la regla del artículo 98 del Código Tributario Nacional Brasileño relativa

a los acuerdos internacionales en materia fiscal. Este dispositivo determina que “los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán respetados por la legislación posterior”<sup>4</sup>. El segundo tipo se refiere a los tratados de extradición. El STF afirma que estos en la condición de legislación especial deben prevalecer sobre las leyes internas, que son de carácter general (Dallari, 2003, pp. 48-51).

De otra parte, los tratados internacionales de derechos humanos constituyen de la misma forma excepción a la regla de la paridad. En virtud del artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88 – incorporado por la Enmienda Constitucional N° 45 de 8 de diciembre de 2004 – “los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que se aprueban, en cada Cámara del Congreso Nacional, dos veces, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. Hasta el momento, solamente un tratado internacional de derechos humanos se ha internalizado al derecho brasileño según el artículo 5º párrafo 3º, a saber, la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 30 de marzo de 2007.

El artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88 es considerado como una ley interpretativa, con el objetivo de cerrar las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas por el párrafo 2º del mismo artículo 5º, mediante el cual la doctrina defiende la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos de los cuales Brasil sea parte (Ceia, 2011, p. 31). ¿Y los tratados internacionales sobre derechos humanos no aprobados según el rito del artículo párrafo 3º? ¿Qué rango normativo poseen?

De acuerdo con la posición actual del STF, establecida en la decisión del Recurso Extraordinario (RE) N° 466.343/SP, de 3 de diciembre de 2008 – donde el Tribunal abandonó la tesis de la paridad normativa – los tratados internacionales pueden asumir las siguientes posiciones en el sistema jurídico brasileño: a) jerarquía de norma constitucional, equivalente a las enmiendas constitucionales, cuando el tratado sea sobre derechos humanos y aprobado según el rito del artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88; b) jerarquía de norma supralegal, cuando el tratado internacional sea sobre derechos humanos, pero no aprobado según el rito del artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88; y c) jerarquía de ley ordinaria, cuando el tratado internacional no sea sobre

---

4 Traducción libre de la autora.

derechos humanos. El Ministro Relator del proceso basó la revisión de la posición del Tribunal del siguiente modo (Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 10).

[...] la discusión en torno al estatus constitucional de los tratados de derechos humanos fue, en cierta forma, vaciada por la promulgación de la Enmienda Constitucional N° 45/2004 [...]. Desde el punto de vista práctico, se trata de una declaración elocuente de que los tratados ya ratificados por Brasil, anteriormente al cambio constitucional, y no sometidos al proceso legislativo especial de aprobación en el Congreso Nacional, no pueden ser comparados a las normas constitucionales. [...] No puede negarse, de otra parte, que la reforma también acabó por resaltar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación con los demás tratados de reciprocidad entre los Estados-Partes, otorgándoles lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico. [...] el cambio constitucional al menos señala para el agotamiento de la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados y convenios internacionales ya ratificados por Brasil, que ha sido abogado por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal desde el remoto examen del RE n° 80.004/SE [...]. [traducción libre de la autora].

De hecho, a partir de esta decisión, es innegable la evolución positiva de la jurisprudencia del STF en comparación con su tesis de la paridad normativa de 1977. Eso porque con la decisión de 2008 el STF pasa a atribuir a los tratados de derechos humanos posiciones jerárquicas privilegiadas en el derecho brasileño, a saber, de norma constitucional o de norma supralegal, conforme el rito adoptado para la aprobación del tratado. Sin embargo, la decisión del STF de 2008 no ha logrado escapar de críticas por parte de la doctrina. Según Mazzuoli (2011, p. 374):

La tesis de la supralegalidad de los tratados de derechos humanos no aprobados por la mayoría cualificada [...] desiguala dichos instrumentos en detrimento de aquellos internalizados por la dicha mayoría, creando una “duplicidad de regímenes jurídicos” inadecuada para el actual sistema (interno e internacional) de protección de derechos, una vez que establece “categorías” de tratados que tienen el mismo fundamento ético. [...] De ahí ser equivocado asignar ciertos tratados de derechos humanos abajo de la Constitución y otros (también de derechos humanos) en el mismo nivel de ella, so pena de subvertirse toda lógica convencional de protección de dichos derechos [...]. [traducción libre de la autora]

Vale decir, la teoría del estatus diferenciado para los tratados internacionales de derechos humanos, adoptada por el STF en 2008, crea una jerarquización entre los derechos de la persona humana, idea contraria a la propia naturaleza de todos estos derechos. No hay derecho fundamental absoluto; por consecuencia, ningún derecho se impone, en todas las hipótesis de conflicto, sobre otro. Pero, a partir de la tesis actual del STF, los derechos incluidos en tratados de rango constitucional prevalecerían siempre sobre aquellos previstos en tratados de rango supralegal, pues ubicados abajo de la Constitución.

Luego la promulgación de la Enmienda Constitucional N° 45/2004, la doctrina continúa posicionándose en favor de la jerarquía constitucional de todos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Brasil. En ese sentido, Piovesan (2007, p. 74) explica:

[...] con la incorporación del párrafo 3° al artículo 5° [de la CRFB/88] surgen dos categorías de tratados internacionales de protección de derechos humanos: a) los materialmente constitucionales; y b) los material y formalmente constitucionales. Cumple resaltar: todos los tratados internacionales de derechos humanos son materialmente constitucionales, en virtud del párrafo §2° del artículo 5°. Además de ser materialmente constitucionales, podrán, con base en el párrafo 3° del mismo dispositivo, asumir la posición de normas formalmente constitucionales, equiparadas a las enmiendas constitucionales, en el ámbito formal. [traducción libre de la autora]

Sin embargo, Piovesan (2011, pp. 75-77) enfatiza que, aunque todos los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, a ellos son aplicados regímenes jurídicos diversos en lo que respecta a la denuncia. Así, mientras los tratados materialmente constitucionales pueden ser denunciados, los tratados material y formalmente constitucionales no pueden ser denunciados. Eso porque los derechos incluidos en los últimos pasaran a componer el texto constitucional – incluso en la condición de cláusulas pétreas – por lo tanto, no pueden ser abolidos mediante acto unilateral del Poder Ejecutivo.



## 4. Los conflictos entre la CRFB/88 y los tratados internacionales de derechos humanos

Son pocos los casos presentes en la jurisprudencia del STF con respecto al control de constitucionalidad de tratados internacionales ratificados por Brasil. Tal hecho puede ser explicado, en parte, por la política externa brasileña, que tradicionalmente asume un carácter discreto. Pero, en los últimos años Brasil ha logrado destacarse en los principales foros internacionales por medio de su política externa más proactiva y diversificada. En este contexto, el país se ha comprometido internacional y crecientemente con temas de interés multilateral, como, por ejemplo, la protección de los derechos humanos, la lucha contra la pobreza, el medio ambiente y la seguridad internacional.

Esta sección examina casos seleccionados entre los pocos existentes en la jurisprudencia del STF relativos a conflictos entre la Constitución y tratados de derechos humanos ratificados por Brasil, como también la técnica utilizada por el Tribunal para solucionarlos.

### 4.1. El Convenio OIT N° 110

En este caso, se trata de la Acción de Representación N° 803, Relator Ministro Djaci Falcão, juzgada el 15 de septiembre de 1977, en la cual el Fiscal General de la República solicitó ante el STF la declaración de inconstitucionalidad parcial del Decreto Legislativo N° 33 de 5 de agosto de 1964 y del Decreto Presidencial N° 58826 de 14 de julio de 1966 sobre, respectivamente, la ratificación y la promulgación del Convenio N° 110 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1958 relativa a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones.

El Fiscal General de la República sostenía que las disposiciones del referido Convenio sobre la libertad sindical infringían la reserva legal del artículo 159 de la Constitución de 1946 y la Constitución de 1967 (tras la Enmienda Constitucional N° 1 de 1969). De acuerdo con el artículo 159 de la Constitución de 1946, el ejercicio de la libertad sindical debería ser regulado por ley. En cambio, los artículos 62 a 70 del Convenio N° 110 no preveían cualquier intervención del Estado con respecto a la constitución, regulación, administración y actuación de las asociaciones profesionales y sindicales.

En su decisión el STF acogió en parte la solicitud del Fiscal General y declaró solamente los artículos 62, 64 y 68 inciso II del Convenio N° 110 incompatibles con el artículo 159 de la Constitución de 1946. Eso porque dichos artículos – a diferencia de otros artículos del Convenio también contestados por el Fiscal General – prohibían expresamente la intervención del Poder Público sobre el ejercicio de la libertad sindical. Por consecuencia, el STF declaró la inconstitucionalidad parcial de los decretos mencionados previamente.

Cabe señalar que mucho antes de la conclusión del juicio de la acción, el Presidente de la República ya había anunciado la denuncia del Convenio N° 110 mediante el Decreto N° 67.499 de 6 de noviembre de 1970.

#### 4.2. El Convenio OIT N° 158

En septiembre de 1997, la constitucionalidad del Convenio N° 158 fue cuestionada ante el STF por la Confederación Nacional de la Industria, por medio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) N° 1480. El juicio de esta acción es considerado el *leading case* del derecho brasileño con respecto al control de constitucionalidad de tratados internacionales.

Dicha entidad alegaba que el Convenio N° 158 era incompatible con la CRFB/88, tanto formalmente cuanto materialmente. Materialmente incompatible porque los artículos 4° y 10 del Convenio contrariaban a la regla constitucional del artículo 7° I. Mientras los dispositivos del Convenio garantizan la posibilidad de restitución de la relación de empleo, el artículo 7° I de la CRFB/88 ofrece sólo el derecho de indemnización en caso de despido arbitrario. Formalmente incompatible, pues el Convenio trata de materia reservada a ley complementar.

El Ministro Celso de Mello, relator del caso, aceptó parcialmente la solicitud de la Confederación. Con respecto a la compatibilidad formal, el Ministro sostuvo que el Convenio contraria a la CRFB/88, dado que los tratados internacionales no pueden, con efecto, tratar de materias reservadas por la CRFB/88 a la legislación complementar. Por otro lado, se pronunció a favor de la compatibilidad material del Convenio basado en una interpretación conforme la Constitución.

Según la interpretación del Ministro, el artículo 10 del Convenio determina que el Estado puede optar por el pago de una indemnización en lugar de la reintegración en el empleo en caso de despido arbitrario. A medida que el Convenio tiene un contenido programático, o sea, su aplicabilidad depende del tratamiento por ley posterior, sería posible, adecuar los lineamientos del Convenio a los requisitos de la CRFB/88, en particular, sustituir la reintegración al empleo por el pago de indemnización al trabajador (Borges, 2009, p. 586).

Cumple señalar la posición contraria del Ministro Carlos Velloso, que sostuvo que el Convenio es formal y materialmente constitucional. Para él, el Convenio N° 158 es una norma de eficacia plena, autoejecutable, que introdujo al derecho brasileño un derecho fundamental no previsto originalmente en la CRFB/88, es decir, el derecho del trabajador de su reincorporación al empleo caso sea despedido sin justa causa.

El Ministro fundamentó su posición en el entendimiento de que el Convenio, por ser un tratado sobre derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, con base en el artículo 5° párrafo 2° de la CRFB/88 (Borges, 2009, pp. 586-587). No obstante, en junio de 2001, el proceso fue extinto sin juicio del mérito, debido a la pérdida posterior del objeto de la acción causada por la denuncia del Convenio N° 158 por el gobierno brasileño.

#### 4.3. La prisión civil del depositario infiel

En 2008 el STF se ha ocupado de la resolución del conflicto entre el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>5</sup> y el artículo 5° inciso LXVII de la CRFB/88<sup>6</sup>. Mientras esta regla permite la prisión civil en el caso de depósito infiel, la primera prohíbe. Esta antinomia fue la cuestión central de las siguientes acciones: RE N° 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso; RE N° 349.703/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes; y Habeas Corpus (HC) N° 87.585/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, todas de 3 de diciembre de 2008.

---

5 Artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

6 Artículo 5° inciso LXVII de la CRFB/88: "No habrá prisión civil por deudas, salvo para los responsables por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación de alimentos y para los depositarios infieles". La prisión civil del depositario infiel es regulada por legislación infraconstitucional.

En todos estos casos, el STF, por mayoría de votos, ha decidido atribuir a los tratados internacionales sobre derechos humanos un estatus normativo privilegiado en comparación al rango conferido a los tratados internacionales tradicionales, es decir, aquellos que no versan sobre derechos humanos. Con ello, el STF revisó su jurisprudencia anterior, que, desde 1977, había establecido la tesis de la paridad normativa entre tratados internacionales y legislación ordinaria (Piovesan, 2010, p. 120), sustituyéndola por la teoría del doble estatus de los tratados internacionales de derechos humanos: aquellos aprobados de acuerdo con el rito del artículo 5º párrafo 3º de la CRFB/88 asumirán rango constitucional y, en cambio, aquellos no aprobados por este rito tendrán jerarquía suprallegal. Los demás tratados tradicionales poseen la misma jerarquía que de ley ordinaria.

Bajo esta premisa el STF clarificó que la CRFB/88 solamente admitió la prisión civil del depositario infiel. Así, la legislación infraconstitucional podría decidir libremente con relación al permiso o a la prohibición de esta modalidad de prisión y, en el último caso, la Convención prevalecería sobre la legislación infraconstitucional brasileña, en virtud de su jerarquía de norma suprallegal (Neves, 2013, p. 146).

Por consecuencia, debido a la supremacía de la CRFB/88 sobre los tratados internacionales, el artículo 5º inciso LXVII no fue revocado por la incorporación de la Convención al derecho brasileño. Sin embargo, dicho dispositivo perdió su aplicabilidad a causa del “efecto paralizante” de los tratados internacionales de derechos humanos con relación a la legislación infraconstitucional, que regula la materia (Supremo Tribunal Federal, 2008, pp. 26-27):

Debido al cambio de posición del STF, con respecto a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, la doctrina califica ese juzgado como paradigmático. Eso porque es uno de los pocos casos presentes en la jurisprudencia del STF de valoración (aunque no ideal) del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida en que reconoce una posición privilegiada a los tratados internacionales sobre derechos humanos, al menos, frente a la legislación interna ordinaria (Piovesan, 2010, p. 120).

#### 4.4. La ley de amnistía brasileña

En octubre de 2008 el Consejo Federal del Orden de Abogados de Brasil (OAB) propuso la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) N° 153 ante el STF. Mediante esta acción el autor solicitaba al Tribunal que confiriera una interpretación conforme la Constitución a la Ley de Amnistía brasileña (Ley N° 6.683 de 28 de agosto de 1979). Con ello, el Consejo Federal del OAB pretendía que el STF declarase que la amnistía otorgada por esta Ley a los delitos de motivación política o conexos no se extendía a los delitos comunes perpetrados por los agentes estatales de la represión contra opositores políticos durante la dictadura militar en el país.

En abril de 2010, el STF decidió no acoger la solicitud de la ADPF N° 153. La mayoría de los Ministros declaró constitucional la interpretación, según la cual la Ley de Amnistía brasileña representa un perdón amplio, general y irrestricto, así como un requisito esencial para el proceso de reconciliación social y redemocratización en Brasil.

Según el Relator Ministro Eros Grau, no tiene sentido cuestionar la recepción de la Ley de Amnistía por la CRFB/88, pues esta Ley fue ratificada por la Enmienda Constitucional N° 26 de 27 de noviembre de 1985, que entonces ya configuraba manifestación del poder constituyente originario. Por ello, la Ley de Amnistía de 1979 fue integrada al nuevo orden constitucional, que comenzó a operar plenamente con la adopción de la Constitución el 5 de octubre de 1988. Y, por lo tanto, la Ley de Amnistía no pertenece al orden constitucional anterior, sino forma parte del orden constitucional en vigor y, por consecuencia, su compatibilidad con la CRFB/88 es incuestionable (Supremo Tribunal Federal, 2010, pp. 43-44).

Cabe enfatizar que la gran parte de los ministros no ha examinado la compatibilidad de la Ley de Amnistía con los compromisos de Brasil ante la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta era una cuestión central del juzgado, pues la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es firme en el sentido de que leyes de amnistía (bilaterales o no) constituyen infracción contra el artículo 1.1 de la Convención, lo cual consagra la obligación de los Estados-Partes de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. En la sentencia del caso *Gomes Lund y Otros vs. Brasil*, la Corte IDH así se manifestó (Corte IDH, 2010, párr. 172):

La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil (supra párrs. 87, 135 y 136) ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

Al no considerar la interpretación de la Corte IDH relativa a la incompatibilidad de leyes de amnistía nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el STF no reconoció la inconventionalidad de la Ley de Amnistía brasileña a la luz de las obligaciones del Estado previstas en la Convención. Esta posición del STF llevó a la responsabilidad internacional de Brasil en el juicio del caso Gomes Lund y Otros ante la Corte IDH.

#### 4.5 El doble grado de jurisdicción

La CRFB/88 no reconoce expresamente la aplicación del principio del doble grado de jurisdicción en el ámbito del Derecho Penal. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º inciso II litera h, prevé la aplicación de este principio en materia penal, a saber, “toda persona inculpada de delito tiene el derecho [...] de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

El STF analizó este conflicto entre la CRFB/88 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la acción del Habeas Corpus (HC) N° 79785-7/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, de 29 de marzo de 2000. La autora de la acción aducía en favor de la interposición de un recurso contra una decisión judicial dictada en la justicia criminal con fundamento en el artículo 8º inciso II litera h de la Convención Americana.

Como respuesta, el STF ha confirmado la prevalencia de la CRFB/88 sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Brasil. Por consecuencia, impidió la aplicación del artículo 8° inciso II litera h de la Convención en el caso concreto y rechazó la solicitud contenida en la acción del HC.

En el agravio de Instrumento N° 601.832 AgR/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, de 17 de marzo de 2009, el STF tuvo la oportunidad de examinar de nuevo el conflicto entre la CRFB/88 y la Convención Americana, en lo que respecta al reconocimiento del principio del doble grado de jurisdicción; pero esta vez a la luz de la Enmienda Constitucional N° 45 de 8 de diciembre de 2004, la cual incorporó la regla del párrafo 3° del artículo 5° de la CRFB/88. En su voto el Ministro Joaquim Barbosa clarificó que, tras el dicho cambio constitucional, con la introducción del nuevo párrafo 3° al artículo 5°, a los tratados sobre derechos humanos podría ser atribuido el rango de norma constitucional.

Además, el Ministro afirma que en virtud del artículo 8° inciso II litera h de la Convención Americana, en la actualidad, el principio del doble grado de jurisdicción debe ser reconocido en el derecho brasileño. Esta garantía no sería, sin embargo, absoluta, una vez que podría ser limitada por las excepciones previstas en la CRFB/88. Por ello, el artículo 8° inciso II litera h de la Convención debería ser aplicado de acuerdo con estas limitaciones constitucionales, como, por ejemplo, el no reconocimiento del doble grado de jurisdicción en materia penal. Como resultado, el STF confirmó su jurisprudencia anterior y no admitió la posibilidad de interposición de recurso en el ámbito de la jurisdicción penal.

## Conclusiones

La CRFB/88 es un documento abierto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el constituyente de 1988, traumatizado por las graves violaciones del régimen dictatorial pasado, quiere romper con esta lógica constitucional pasada e inaugurar un nuevo orden constitucional basado en la protección de la persona humana. Para lograr este objetivo el constituyente construye una constitución que acoge los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por el país al su propio catálogo. Una prueba auténtica de la disposición del constituyente de dialogar con el Derecho Internacional.

La doctrina mayoritaria acompaña la voluntad del legislador constituyente originario. Desde el comienzo de los debates sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho brasileño, la doctrina se posicionó en favor de la valorización de dichos documentos, sobre todo de derechos humanos, en el ordenamiento jurídico interno. En ese sentido, defiende el rango constitucional para todos los tratados internacionales sobre derechos humanos de que Brasil sea parte, con fundamento en la regla del artículo 5º párrafo 2º de la CRFB/88. Además, asume una posición monista sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, en la medida en que propone momentos coincidentes para la entrada en vigor del tratado en el plano interno e internacional, a saber, a partir del cambio o depósito de los instrumentos de ratificación.

A su vez, el STF no acompaña plenamente la posición del constituyente tampoco de la doctrina. En efecto, es tradicional la divergencia entre el STF y la doctrina sobre la interpretación de la CRFB/88 con relación a los tratados internacionales de derechos humanos. Mientras la doctrina asume una posición progresista, el STF es conservador en sus decisiones relativas al derecho internacional de los derechos humanos, con base en la supremacía absoluta de la voluntad constitucional interna sobre la internacional. Pero, en realidad la primera quiere integrarse a la segunda.

Esto está probado con la actitud del STF de negar el monismo, al exigir la edición de un decreto presidencial para ordenar la ejecución del tratado en el derecho interno. También es prueba del conservadurismo del STF su posición con relación a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Si bien ha abandonado la tesis de la paridad normativa entre ley y tratado – siempre mucho criticada por la doctrina – acoge actualmente la teoría del doble estatus de los tratados internacionales de derechos humanos, que acaba por jerarquizar bienes jurídicos no susceptibles de jerarquización formal, a saber: los propios derechos humanos.

Por último, el STF es conservador, de la misma manera, en su tarea de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Aunque el Tribunal ha salvado la validez de tratados de una declaración de inconstitucionalidad, mediante la técnica de la interpretación conforme, en dos casos particulares ha tomado decisiones contrarias a un mejor diálogo entre el derecho brasileño y el derecho internacional. En uno de estos casos el STF se negó a reconocer el rango constitucional a todos los tratados sobre derechos humanos, independientemente del respectivo rito de



aprobación. En el otro caso la posición del Tribunal ha generado la condenación de Brasil ante la Corte IDH en un caso de graves violaciones a los derechos humanos, dejando clara su posición de no reconocer la autoridad vinculante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre todos los órganos del Estado brasileño, incluso el propio STF, en su tarea jurisdiccional.

Uno podía considerar numerosas y diferentes razones para la posición asumida por el STF en lo que se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellas el fuerte apego al principio de la soberanía nacional y el escaso conocimiento del derecho internacional. La redemocratización brasileña es proceso reciente, que necesita ser acompañado por las instituciones del Estado. El STF ha demostrado muchos avances en este sentido, en particular, en el ejercicio de su función de corte contramayoritaria, en defensa de los derechos de las minorías. Siguiendo esta línea, ciertamente, en determinado momento, el Tribunal revelará una mayor disposición para dialogar con el derecho internacional, cumpliendo, de esta manera, fielmente la voluntad del constituyente internacionalista de 1988. ■

## Referencias bibliográficas

- Bahia, S. (2000). *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.
- Borges, D. (2009). O Direito ao Trabalho – Reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. En AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.), *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos* (pp. 579-599). São Paulo: Quartier Latin.
- Ceia, E. (2011). *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Brasilien und Europa*. Baden-Baden: Nomos.
- Ceia, E. (2013a). *La conclusión de tratados internacionales en el derecho comparado: un estudio comparativo entre América Latina y Europa*. Saarbrücken: Akademikerverlag.
- Ceia, E. (2013b). A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil, *Revista da EMERJ*, (Nº 61), pp.113-152.

- Corte IDH (2010). Sentencia en el Caso Gomes Lund y Otros vs. Brasil, de 24 de noviembre de 2010. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>.
- Dallari, P. (2003). *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva.
- Fraga, M. (2006). *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense.
- Mazzuoli, V. (2011). *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Mello, C. (2004). *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Neves, M. (2013). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- Piovesan, F. (2007). *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, F. (2010). Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. En GONZAGA, Alvaro de Azevedo;
- Gonçalves, A. (Coords.), *(Re)pensando o Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco* (pp.111-123) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Rezek, F. (2005). *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva.
- Supremo Tribunal Federal (1971). Entero Tenor del Recurso Extraordinario N° 71154/PR, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. Recuperado de <http://tinyurl.com/pgzrw3h>.
- Supremo Tribunal Federal (1977). Acción de Representación N° 803/DF, Relator Ministro Djaci Falcão. Recuperado de <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14613462/representacao-rp-803-df>.
- Supremo Tribunal Federal (1977). Recurso Extraordinario N° 80.004/SE, Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>.
- Supremo Tribunal Federal (1997). Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI N° 1625, Relator Ministro Maurício Corrêa. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>.
- Supremo Tribunal Federal (1997). Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI N° 1480, Relator Ministro Celso de Mello. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>.

Supremo Tribunal Federal (2000). Recurso Extraordinario en Habeas Corpus N° 79.785-7/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>.

Supremo Tribunal Federal (2008). Voto del Ministro Gilmar Mendes en el RE N° 466.343/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes. Recuperado de <http://tinyurl.com/lnqjysk>.

Supremo Tribunal Federal (2009). Agravo Regimental en el Agravo de Instrumento N° 601.832-8/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Recuperado de <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3576640/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-601832-sp>.

Supremo Tribunal Federal (2010). Voto del Ministro Eros Grau en la ADPF N° 153/DF, Relator Ministro Eros Grau. Recuperado de <http://tinyurl.com/p7gkzxx>.

Trindade, A. (1998). *A proteção dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.