



ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Antonio Moreira Maués es profesor asociado de la Universidad Federal de Pará (Brasil) e investigador del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. También es doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (1998) y posee un máster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro (1992).

Email: ammaues@uol.com.br

RESUMEN

En diciembre de 2008, al juzgar varias causas en torno a la prisión civil del depositario infiel, el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) cambió su concepción sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación brasileña, pasando a adoptar la tesis de la supralegalidad. Este artículo analiza las posibles repercusiones de ese cambio sobre la interpretación constitucional llevada a cabo en Brasil, examinando de qué manera el STF ha aplicado la teoría de supralegalidad y de qué forma el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos influye, en otros países, sobre su uso en la interpretación de la Constitución. Este trabajo concluye que la supralegalidad permite construir argumentos que favorezcan la utilización de los tratados de derechos humanos como parámetro de interpretación constitucional en el derecho brasileño.

Original en portugués. Traducido por Fernando Campos Leza

Recibido en agosto de 2012. Aceptado en abril de 2013.

PALABRAS CLAVE

Tratados internacionales de derechos humanos – Supralegalidad – Supremo Tribunal Federal



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

SUPRALEGALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Antonio Moreira Maués*

1 Introducción

En diciembre de 2008, el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) concluyó el juicio de una serie de casos¹ que cambiaron significativamente su concepción del nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación brasileña. Aunque el artículo 5, párrafo 2.º de la Constitución brasileña de 1988² innovó al prever la incorporación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, el STF mantuvo la jurisprudencia elaborada bajo el régimen de la Constitución de 1969, según la cual los tratados poseían el mismo nivel jerárquico que las leyes ordinarias. La adopción de esa concepción por parte del STF no estuvo exenta de críticas, ya que varios autores, interpretando la citada disposición constitucional, defendían que los tratados de derechos humanos tenían carácter constitucional (CANÇADO TRINDADE, 1996; PIOVESAN, 1997) o incluso supraconstitucional (MELLO, 1999).

Los casos que condujeron a esa nueva orientación del STF se referían a la prisión civil del depositario infiel, prevista en el artículo 5.º, LXVII de la Constitución de 1988,³ que contrastaba con el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el cual solo se puede decretar prisión por incumplimientos de deberes alimentarios.⁴ Durante años el STF consideró que la disposición constitucional no había sido afectada por la ratificación de la CADH por Brasil en 1992, lo cual mantenía la vigencia de las normas infraconstitucionales que regulaban ese tipo de prisión. En la actualidad

*Agradezco a Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Nivel Superior (sus siglas en portugués CAPES) por el apoyo para la realización de la pasantía senior juntamente con la Universidad de Essex, durante la cual fue realizada la investigación presentada. Ese período de estudios no habría sido posible sin el incentivo del Prof. Kevin Boyle, a cuya memoria dedico este trabajo.

el STF considera que la prisión civil del depositario infiel es *ilícita*, y ha emitido un boletín de jurisprudencia vinculante sobre el tema.⁵

La conclusión de la decisión paradigmática del STF en el Recurso Extraordinario (RE) n.º 466.343, tomada por unanimidad, nos ayuda a entender las razones de ese cambio:

PRISIÓN CIVIL. Depósito. Depositario infiel. Alienación fiduciaria. Resolución de la medida coercitiva. Inadmisibilidad absoluta. Insubsistencia de la disposición constitucional y de las normas subalternas. Interpretación del artículo 5.º, Inc. LXVII y párrafos 1.º, 2.º y 3.º de la Constitución Federal, a la luz del artículo 7.º, párrafo 7.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Recurso denegado. Veredicto conjunto del RE n.º 349.703 y HC n.º 87.585 y N.º 92.566. Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, sea cual sea la modalidad de depósito.

Se observa que para que el STF decidiera rechazar la posibilidad de prisión del depositario infiel fue necesario modificar la concepción sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, a fin de que las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales pudieran ser interpretadas *a la luz* de la CADH. Si examinamos los votos de los ministros, podemos identificar dos teorías que fundamentan esa nueva interpretación: para la mayoría, los tratados de derechos humanos pasan a tener un estatus normativo supralegal, permaneciendo en un nivel jerárquico inferior a la Constitución, aunque superior a las demás leyes; para la minoría, debe ser reconocida la posición jerárquica constitucional de esos tratados, los cuales pasan a formar, junto con el texto constitucional, el bloque de constitucionalidad.⁶

El hecho de que la decisión sobre la prisión del depositario infiel haya sido tomada por unanimidad no le resta interés al análisis de sus fundamentos, pues constituye un precedente que debe regir decisiones futuras sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos.⁷ Por esa razón, la nueva concepción ha llamado la atención de la doctrina, que apunta a la necesidad de que el STF lleve a cabo un *diálogo* con otros tribunales, especialmente con la Corte Interamericana (RAMOS, 2009; SILVA, 2010) o ejerza el control de convencionalidad de las leyes (CAMPOS; BASTOS JUNIOR, 2011; MAZZUOLI, 2011). En este trabajo, pretendemos analizar los cambios que la supralegalidad puede provocar en el campo de la interpretación de la propia Constitución, buscando explorar de qué forma puede esa tesis aplicarse de manera más coherente con la protección de los derechos humanos en Brasil. Con ese objetivo, el trabajo se divide en tres partes. En la primera sección presentaremos un análisis de la decisión del STF en el caso de la prisión del depositario infiel, para comprender el significado de la categoría de la supralegalidad, seguida de una investigación exploratoria que busca identificar de qué modo la adopción de esa tesis viene influyendo sobre la jurisprudencia del Tribunal. En la siguiente sección, examinaremos, sobre la base del estudio de otros ordenamientos jurídicos, de qué forma el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos condiciona su uso en la interpretación de la Constitución. En la última sección, presentaremos argumentos a favor del uso de los tratados de derechos humanos como parámetros de interpretación constitucional en el derecho brasileño.

2 El significado de la suprallegalidad

Antes de 1988, el STF había aprobado la concepción, en el veredicto del RE n.º 80.004 (J. 01/06/1977) de que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno al mismo nivel que tienen las leyes, pudiendo ser revocados por ley posterior o dejar de ser aplicados en favor de una ley específica. La necesidad de una construcción pretoriana sobre la cuestión también se debe al silencio de la Constitución sobre la recepción de los tratados internacionales y sus efectos en el derecho interno, puesto que las normas constitucionales sobre el asunto se limitan a tratar del proceso de celebración y aprobación de tratados (DALLARI, 2003, p. 46).

El hecho de que los fallos del STF sobre la materia no se referían a los derechos humanos y la inédita mención a los tratados hecha por el artículo 5.º, párrafo 2.º de la Constitución de 1988, creó la expectativa de que la ratificación de esos instrumentos internacionales por parte de Brasil provocaría un cambio en la concepción del STF. Pero eso no ocurrió: en el veredicto de la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn) n.º 1.347 (J. 05/10/1995), el STF rechazó la utilización de los tratados internacionales como parámetro de control de constitucionalidad, negando que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pudieran fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de la orden ministerial del Ministerio de Trabajo; y en la ADIn n.º 1.480 (J. 04/09/1997), el Tribunal reafirmó que los tratados internacionales no solo están subordinados a la Constitución, sino que también se sitúan en el mismo plano de validez, eficacia y autoridad que las leyes ordinarias (GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298).

Sin embargo, el caso del depositario infiel planteaba un problema diferente. Ratificada por Brasil en 1992, la CADH era *lex posterior* en relación con los dispositivos legales que regulaban esa modalidad de prisión civil. Pese a ello, el STF consolidó la concepción de que, además de no poder contraponerse a la autorización constitucional, la CADH, por ser una norma infraconstitucional general, debería ser dejada de lado en favor de las normas constitucionales especiales sobre prisión civil.⁸

Esa jurisprudencia explica, en parte, el pequeño impacto en el derecho interno de la ratificación brasileña de los tratados de derechos humanos, muy poco utilizados por el poder judicial nacional. Colocados en el mismo nivel que las leyes ordinarias y sujetos a la cláusula de la especialidad, los tratados internacionales de derechos humanos no parecían ofrecer una buena base para argumentar en juicio.⁹

El tiempo transcurrido entre esas decisiones y las que fueron tomadas en diciembre de 2008 estuvo marcado por algunos cambios que condujeron al STF a reevaluar su jurisprudencia.¹⁰ Entre ellos destaca la promulgación de la Enmienda Constitucional n.º 45, que añadió tres importantes disposiciones sobre derechos humanos: la previsión de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con estatus de enmiendas constitucionales, siempre y cuando fueran aprobados por el mismo quórum exigido para esas;¹¹ la constitucionalización de la adhesión de Brasil al Tribunal Penal Internacional;¹² y la creación del incidente de desplazamiento de competencia para la justicia federal en los casos de violación grave de los derechos humanos.¹³ Aunque traten de temas distintos,

las innovaciones de la EC n.º 45 tenían en común la valorización constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, mediante la posibilidad expresa de atribución de nivel constitucional a los tratados en la materia, del sometimiento del país a la jurisdicción penal internacional y de la creación de nuevos instrumentos para cumplir con las obligaciones del Estado brasileño en lo referente 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 en el RE n.º 466.343, que la inclusión del párrafo 3.º del artículo 5.º “acabó por destacar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación con los demás tratados de reciprocidad entre los Estados pactantes, confiriéndoles un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico” (BRASIL. 2008b, p. 1.144), lo que indicaba la insuficiencia de la tesis de la legalidad ordinaria de esos tratados y el desfase de la jurisprudencia del STF. En sentido opuesto, el ministro Celso de Mello destacaba que la EC n.º 45:

introdujo un dato jurídicamente relevante, apto para viabilizar la reelaboración, por esta Suprema Corte, de su visión en torno a la posición jurídica de que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos asumen en el plano del ordenamiento positivo nacional de Brasil.

(BRASIL. 2008b, p. 1.262).

El punto en común, compartido por todos los ministros sin excepción, de que el STF debería reconocer una posición privilegiada a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, no suprimía la polémica sobre su nivel jerárquico. Superada la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados de derechos humanos, y sin que ningún miembro del STF defendiera la tesis de la supraconstitucionalidad, hubo dos orientaciones en disputa sobre la concepción del STF.

Para la minoría, representada por el voto del ministro Celso de Mello, los tratados de derechos humanos tenían un carácter “materialmente constitucional”, aunque hubieran sido aprobados antes de la EC n.º 45, y formaban parte del “bloque de constitucionalidad”. Así, el novedoso párrafo 3.º del artículo 5.º, al atribuir formalmente jerarquía constitucional a los tratados aprobados con base en él, no habría retirado la jerarquía constitucional material de los tratados ratificados anteriormente, reconocida con base en el deber del Estado de:

E respetar y promover la realización efectiva de los derechos garantizados por las constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, con el fin de permitir la práctica de un constitucionalismo abierto al proceso de creciente internacionalización de los derechos básicos de la persona humana.

(BRASIL. 2008b, p. 1.217-1.218).

De esa forma, el párrafo 3.º habría reforzado la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, puesto que no sería razonable situar en niveles jerárquicos distintos tratados sobre la misma materia.

Sin embargo, la posición adoptada por la mayoría del STF fue la tesis de la supralegalidad. Entre las razones presentadas en favor de esa decisión, podemos destacar:

- a) la supremacía formal y material de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, materializada en la posibilidad de control de constitucionalidad incluso de las leyes internacionales;¹⁴
- 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;
- c) la concepción de que la inclusión del párrafo 3.º del artículo 5.º implicó reconocer que los tratados ratificados por Brasil antes de la EC n.º 45 no pueden compararse con las normas constitucionales.

Pese a ello, la tendencia contemporánea del constitucionalismo mundial de valorar las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, la evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los principios del derecho internacional sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales ya no permitían el mantenimiento de la tesis de la legalidad, surgiendo la supralegalidad como una solución que vendría a compatibilizar la jurisprudencia del STF con esos cambios, sin los problemas que se derivarían de la tesis de la constitucionalidad. Así, los tratados de derechos humanos pasan a paralizar la eficacia jurídica de cualquier disciplina normativa infraconstitucional en contradicción con ellos.

El hecho de que, a pesar de las distintas fundamentaciones, todos los ministros del STF estuvieron de acuerdo sobre la ilegalidad de la prisión del depositario infiel demuestra que, en muchos casos, la opción por la tesis de la constitucionalidad o de la supralegalidad no conducirá a decisiones diferentes. No obstante, una consecuencia de la tesis de la supralegalidad es negar que los tratados de derechos humanos puedan servir de parámetro de control de constitucionalidad, es decir, que tales tratados no integran el conjunto de disposiciones con base en las cuales se analiza la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 39-41). De manera contraria, la adopción de la tesis de la constitucionalidad permitiría accionar los mecanismos de control de constitucionalidad para controlar la validez de las leyes no solo ante la Constitución, sino también en relación con los tratados de derechos humanos.

A pesar de esa diferencia, un examen más cuidadoso de los fundamentos de la decisión del STF demuestra que hay una gran proximidad entre ambas tesis. Al decidir en torno a los casos que implicaban la prisión del depositario infiel, el STF no solo interpretó la legislación infraconstitucional para compatibilizarla con la CADH, sino que interpretó la propia Constitución con base en ese tratado. Debido a la adopción de la tesis de la supralegalidad, se vació de fuerza normativa la disposición constitucional que prevé la prisión del depositario infiel: considerando que esa figura está sujeta a la regulación legal para tener plena eficacia, lo que el

STF hizo al prohibir que el legislador ordinario decida sobre la materia fue impedir que la norma constitucional sea aplicada, salvo en la hipótesis, casi fantástica, de que fuera aprobado por enmienda constitucional el contenido de las normas que tratan de este dispositivo, hoy constantes en la legislación civil y procesal civil. Incluso en ese último caso, tal enmienda constitucional estaría sujeta a la revisión con base en el principio de la prohibición del retroceso. Teniendo en cuenta que el legislador no puede regular el dispositivo de la prisión civil sin ir contra la CADH, que es jerárquicamente superior a las leyes, esa regulación se convirtió en jurídicamente imposible, tal como ejemplifica el propio boletín de jurisprudencia vinculante n.º 25.¹⁵

Esa limitación de competencia del legislador ordinario implica que el STF modificó la interpretación del dispositivo constitucional, restringiendo el alcance de la excepción en él prevista. La disposición que trata de la prisión del depositario infiel dejó de ser interpretada como una norma que obligaba al legislador a regular el dispositivo y ni siquiera pasó a interpretarse como una norma que le faculta para esa competencia, ya que el legislador no podrá ejercerla mientras esté en vigor la CADH en Brasil. Así, podemos decir que el STF reinterpretó la Constitución y estableció una norma que impide al legislador ordinario regular tal dispositivo. Por esas razones, vemos que la expresión usada en la susodicha conclusión de la decisión es adecuada no solo la legislación ordinaria, sino la propia Constitución fue interpretada *a la luz* de la CADH.

El análisis de la decisión del caso del depositario infiel pone de manifiesto que, a pesar de las diferencias entre la tesis de la constitucionalidad y la de la supralegalidad, ambas hipótesis abren la posibilidad de que la Constitución —y no solo las leyes infraconstitucionales— se interprete de manera compatible con los tratados internacionales de derechos humanos. ¿Sería esa decisión un caso aislado? El examen de la jurisprudencia del Tribunal muestra que incluso antes del año 2008 ya empezaba a manifestarse una nueva orientación que confería mayor fuerza normativa a los tratados internacionales de derechos humanos. A partir de la adopción de la tesis de la supralegalidad, observamos que esos precedentes se consolidan y nuevos precedentes se establecen, utilizando los tratados de derechos humanos, especialmente la CADH, para interpretar la Constitución, tal como veremos en los casos siguientes:

- a) según el artículo 7.2 de la CADH: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Dicha disposición ha sido utilizada por el STF en la interpretación del principio de presunción de inocencia (artículo 5.º, LVII) en casos que envuelven el derecho del condenado a recurrir en libertad. En el HC n.º 99.891 (J. 15/09/2009), el STF concedió la orden contra una decisión del STJ que había mantenido la ejecución de la pena tras atender la garantía de la doble instancia. Ratificando que el Tribunal no reconoce la posibilidad constitucional de ejecución provisional de la pena, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, el alcance de esta se establece en los contornos de la CADH, para reconocer que ella no garantiza

al condenado el derecho de recurrir siempre en libertad, puesto que compete a cada sistema jurídico establecer, por ley, los casos de prisión preventiva. En el derecho brasileño, eso implica el reconocimiento de la excepcionalidad de la prisión preventiva, que debe atender a los requisitos del artículo 312 del Código Procesal Penal y a las razones justificativas de su absoluta necesidad;¹⁶

- b) la Enmienda Constitucional n.º 45 incluyó el derecho a la razonable duración del proceso (artículo 5.º, LXXVIII) entre las garantías fundamentales, un derecho reconocido igualmente, de modo más específico, en los artículos 7.5 y 7.6 de la CADH:

Artículo 7 (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...).

Antes mismo de la adopción de la tesis de la supralegalidad, el STF pasó a utilizar tales disposiciones de la CADH junto con la previsión constitucional de la duración razonable del proceso para decidir a favor de la exención de la prisión preventiva por exceso de plazo. En el HC n.º 85.237 (J. 17/03/2005), citado como precedente en otras decisiones, el ministro Celso de Mello ya había afirmado la importancia de la CADH como parámetro para resolver la *tensión* entre la pretensión punitiva del poder público y la aspiración a la libertad, lo cual se mantuvo en decisiones posteriores;¹⁷

- c) en el ámbito de las garantías judiciales, la CADH reconoce varios derechos:

Artículo 8.2.b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, Artículo 8.2.d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, Artículo 8.2.f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, Artículo 8.2.h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Tales disposiciones han sido utilizadas por el STF para interpretar las garantías constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa (artículo 5.º, LV), reconociendo, entre los *medios* inherentes a ella, que no es apta la denuncia que no obedece a los patrones previstos en la CADH;¹⁸ que el inculpado tiene derecho, aunque esté arrestado, a comparecer, asistir y presenciar los actos procesales;¹⁹ que la ausencia de citación personal del reo puede acarrear la nulidad del proceso pues hace imposible ejercer el derecho a la autodefensa y el derecho de escoger libremente

el defensor, previstos en la CADH;²⁰ y que no fue recogido por la Constitución el artículo 594 del Código Procesal Penal, que establecía el ingreso del reo en prisión como condición para el recurso de apelación, entre otras razones porque no respetaba el principio de la doble instancia, previsto en la CADH;²¹

d) la CADH contiene dos importantes disposiciones sobre la libertad de expresión:

Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En el veredicto del RE n.º 511.961 (J. 17/06/2009), el STF decidió que no fuera recogida en la Constitución de 1988 la exigencia de diploma de curso superior para el ejercicio de la profesión de periodista, prevista en el artículo 4.º, inciso V, del Decreto-Ley n.º 972/1969. En los fundamentos de la decisión, el Tribunal hace un amplio uso de la CADH, incluso recurriendo a la Opinión Consultiva n.º 5 de la Corte Interamericana y a decisiones de la Comisión Interamericana, destacando que la interpretación del Tribunal se ajustaba a la del sistema interamericano. Así, el STF interpreta las normas constitucionales referentes a la libertad de expresión y a la libertad de ejercicio profesional en el mismo sentido, considerando el ejercicio del periodismo como manifestación de la libertad de expresión.

Ese conjunto de decisiones demuestra que la jurisprudencia del STF comienza a emplear de manera más constante los tratados de derechos humanos para interpretar no solo la legislación infraconstitucional, sino la propia Constitución. Por ende, se verifica que la adopción de la tesis de la supralegalidad permite ir más allá de la necesidad de examinar la compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales. A fin de comprender de qué manera el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos influye en la interpretación de la Constitución, merece la pena recurrir a la experiencia de otros países.

3 Experiencias comparadas

En la sección anterior hemos visto que el debate llevado a cabo en los últimos años por el STF tuvo como eje la definición del nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil. Aunque la adopción de la tesis de la supralegalidad haya acarreado cambios en la jurisprudencia del STF que no serían posibles con el mantenimiento de la tesis de la legalidad, observamos que numerosas decisiones del Tribunal se acercan a la tesis de la constitucionalidad en lo que se refiere a la interpretación de los dispositivos constitucionales junto con los tratados de derechos humanos, buscando su compatibilización. Eso nos lleva a pensar que el nivel jerárquico

de esos tratados no es la única variable que ayuda a entender su impacto en el derecho interno, tal como podemos observar en la experiencia de otros países.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), un estudio realizado en 18 países (KELLER; STONE SWEET, 2008), demuestra que todos ellos pasaron por cambios estructurales en sus sistemas constitucionales derivados de la recepción de la CEDH. Entre los más significativos, se encuentran la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de la constitucionalidad de las leyes sobre la base de la CEDH; el desarrollo de un sistema monista, en el que se hace referencia al Convenio, en países tradicionalmente dualistas; y la modificación de las visiones tradicionales de separación de poderes en cuanto al papel del Poder Judicial.

Aunque esos cambios resulten de múltiples factores, uno de los elementos centrales del proceso fue la incorporación del CEDH al derecho interno, lo cual tiene como efecto la vinculación de los poderes públicos y la posibilidad de que los jueces pasen a aplicar directamente el Convenio. En lo referente al nivel jerárquico, el estudio indica la importancia de que se le reconozca al CEDH al menos un estatus suprallegal, a fin de que pueda estar protegido frente a leyes ordinarias posteriores. Sin embargo, la extensión del uso del CEDH por los tribunales nacionales no depende solo de su nivel jerárquico, sino también de la manera en que los tribunales utilizan el Convenio para interpretar la constitución, tal como demuestra la experiencia de tres países que no reconocen nivel constitucional a los tratados de derechos humanos.

En España, la Constitución de 1978 establece que todos los tratados internacionales están subordinados a ella y confiere al Tribunal Constitucional la competencia para ejercer tanto el control previo como el sucesivo acerca de su constitucionalidad (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). A la vez, la Constitución define, en su artículo 96.1, que los tratados que se incorporan al derecho interno solamente podrán ser modificados de acuerdo con sus propias normas o con las normas generales del derecho internacional, lo que les protege de cualquier modificación o derogación que podría derivarse de la legislación ordinaria.

Igualmente importante que esas disposiciones para entender el papel de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento español resulta el artículo 10.2, según el cual:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En la aplicación de esa regla, el Tribunal Constitucional de España (TCE) desarrolló una jurisprudencia que obliga a todos los poderes públicos a interpretar los derechos constitucionales de acuerdo con los tratados de derechos humanos. De esa forma, el TCE pasó a concretar el contenido de los derechos declarados en la Constitución con base en los tratados internacionales, reconociendo como fundamentales ciertas facultades no explicitadas en ella, una tarea en la cual también se utiliza la jurisprudencia producida por los organismos internacionales. Así, aunque los

tratados de derechos humanos no posean el estatus de normas constitucionales en el ordenamiento español, lo que significa que no pueden servir de canon autónomo de la validez de las normas, se convierten en parámetros interpretativos de la propia Constitución (QUERALT JIMÉNEZ, 2008; SAIZ ARNAIZ. 2011).

Aunque no cuente con una disposición constitucional semejante a la española, Alemania también es un ejemplo del uso de tratados internacionales en la interpretación de la Constitución. En ese país, de tradición dualista, se exige un acto específico del Parlamento para que los tratados internacionales entren en vigor internamente, lo que hace que los tratados de derechos humanos sean incorporados como leyes federales ordinarias. Eso significa que no posean protección frente a leyes federales posteriores, que, por estar en el mismo nivel jerárquico, implicarían la derogación de sus disposiciones por el principio de que una ley posterior deroga la anterior (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 117-118; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 165).

A fin de evitar los problemas que podrían derivarse de la derogación de tratados internacionales por leyes ordinarias posteriores, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán adoptó a partir de 1987 la interpretación de que, aunque los tratados no posean estatus constitucional, la concepción de la Constitución debe tener en cuenta su contenido y desarrollo, ya que existe una obligación de interpretar las normas infraconstitucionales en consonancia con los compromisos asumidos por Alemania ante el derecho internacional. En lo referente específicamente a los derechos fundamentales, el Tribunal estableció asimismo que la jurisprudencia producida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también debe servir como instrumento interpretativo en la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales y del principio del Estado de Derecho (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 119-120; HOFFMEISTER, 2006, p. 728).

Posteriormente, con la decisión del caso *Görgülü*, en 2004, el TCF dio otro paso para reforzar la importancia de los tratados de derechos humanos en el orden interno. Además de mantener la concepción anterior sobre la necesidad de interpretar la Constitución de manera armónica con los tratados internacionales, el TCF pasó a admitir que los tribunales nacionales tengan el deber de cumplir las sentencias del TEDH y tener en cuenta la CEDH al interpretar la Constitución. Si no se cumple ese deber, el enjuiciamiento puede ser objeto de una queja constitucional ante el propio TCF por violación de derechos fundamentales. No obstante, esa concepción no altera la supremacía de la Constitución, ya que las disposiciones de los tratados internacionales no pueden ir contra los principios constitucionales fundamentales (HOFFMEISTER, 2006, p. 725-730; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 166-168).

Por último, el caso del Reino Unido merece atención por su singularidad. Aunque haya sido uno de los primeros Estados en ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Reino Unido no lo incorporó al derecho interno hasta la aprobación de la "Human Rights Act" (HRA), en 1998, y su entrada en vigor, en el año 2000. Ese cambio se debió al creciente número de condenas al Estado británico por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que hizo necesario crear medios que mejoraran la protección de los derechos humanos en el ámbito interno. La HRA incorpora al orden interno los derechos del Convenio Europeo a que se refiere dicha ley y establece el deber de cumplirla para las autoridades públicas,

lo que permite que los ciudadanos defiendan esos derechos ante los tribunales nacionales (BESSON, 2008, p. 36-42).

Formalmente, la HRA se encuentra en el mismo nivel jerárquico que las demás leyes, por lo que puede ser modificada por actos posteriores del Parlamento. Sin embargo, dos instrumentos previstos en ella le confieren un estatus diferente en el orden jurídico: el primero de ellos (artículo 3) establece que los tribunales deben interpretar la legislación —tanto anterior como posterior a la HRA— de manera compatible con los derechos reconocidos por el CEDH, lo que significa que, cuando sea posible más de una interpretación de la ley, los jueces deben preferir aquella que esté más en consonancia con el CEDH. El segundo instrumento (artículo 4) se acciona cuando no fuera posible ofrecer una interpretación de la ley acorde con el Convenio: en tales casos, el tribunal debe emitir una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*), la cual no afecta a la validez de la ley, aunque incentiva al Parlamento a revisar la ley y autoriza al Ejecutivo a dar inicio a un proceso legislativo acelerado para modificarla (BESSON, 2008, p. 51-52). El peso político de las declaraciones de incompatibilidad puede ser medido por el hecho de que todas ellas han conducido a cambios en la legislación o a la incoación de un proceso legislativo (REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, 2006, p. 17; KLUG; STARMER, 2005, p. 721).

Como sabemos, el Reino Unido no posee una constitución escrita que establezca parámetros de control de la validez de las leyes. Pese a ello, la HRA representó un cambio notable en el ordenamiento jurídico británico, pues los derechos previstos en el CEDH pasaron a ser utilizados por el Poder Judicial para interpretar la legislación, adecuando su contenido a la HRA o incentivando su revisión por el Parlamento, lo que lleva a algunos autores a clasificarla como una ley constitucional (*constitutional statute*) (CLAYTON, 2004, p. 33).

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a los países latinoamericanos, destacan las diversas vías por las cuales los tratados internacionales de derechos humanos han sido incorporados al derecho interno. Según Brewer-Carías (2006), en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos pueden encontrarse todas las hipótesis de niveles jerárquicos: supraconstitucionalidad, constitucionalidad, supralegalidad y legalidad. Además de eso, varias constituciones contienen cláusulas que prevén la incorporación de los derechos inherentes a la persona humana, reconociendo su aplicabilidad directa y estableciendo criterios de interpretación constitucional en consonancia con los tratados internacionales.

En relación con el último caso, el autor destaca que, aunque falten previsiones constitucionales sobre la jerarquía de los tratados, estos pueden llegar a adquirir nivel constitucional y ser aplicados directamente en virtud de diferentes reglas de interpretación constitucional, tales como las que prevén que los derechos declarados en la Constitución deben ser interpretados en consonancia con los instrumentos internacionales; las que establecen una orientación general para la actuación de los órganos del Estado con relación al respeto y la garantía de los derechos humanos; y las que establecen que los derechos humanos se interpreten con base en el principio de la progresividad, según el cual no se admite una interpretación que resulte en una disminución de su goce, ejercicio y protección efectivos.

En este ámbito, el ejemplo más conocido es el de Colombia, cuya Constitución de 1991 contiene una disposición similar a la citada de la Constitución Española (artículo 93):

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Con base en esa disposición, el Tribunal Constitucional de Colombia construyó una noción propia de "bloque de constitucionalidad", que posee dos sentidos: en el primero (*stricto sensu*), el bloque está formado por los principios y normas de valor constitucional, es decir, el texto de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos cuya limitación esté prohibida aun en caso de estados de excepción; en el segundo (*lato sensu*), el bloque está formado por todas aquellas normas, de jerarquía distinta, que sirven como parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes, es decir, los demás tratados de derechos humanos, las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias. A pesar de esa distinción, el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal considera que todos los tratados internacionales de derechos humanos sirven para interpretar los derechos constitucionales, lo que incluye la incorporación de la jurisprudencia de tribunales internacionales, compitiéndole armonizar los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados (UPRIMNY, 2001, p. 19-20).

El punto común de los casos presentados más arriba es que el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos en el orden interno no es la única variable que condiciona su utilización en la interpretación de la Constitución. Como vimos, incluso en países que no reconocen nivel constitucional a tales tratados, se busca interpretar las disposiciones constitucionales en armonía con ellos. Eso significa que el debate sobre el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos en Brasil debe ser complementado con la reflexión sobre su función hermenéutica en nuestro ordenamiento.

4 Tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de interpretación constitucional

Además de beneficiarse del principio *pacta sunt servanda*,²² que se encuentra en la base del derecho internacional (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), los tratados de derechos humanos poseen características que hacen necesario ajustar el derecho interno de los Estados Partes a las normas internacionales. Al contrario de los instrumentos que solo crean obligaciones recíprocas entre los Estados, estos tratados tienen como objetivo la protección de las personas, estableciendo deberes de los poderes públicos en relación con sus jurisdicionados. Por tanto, no es por casualidad que el contenido de los tratados de derechos humanos frecuentemente se solape con el contenido de las Constituciones,

puesto que la garantía de los derechos de la persona humana es un área común de ambos sistemas (BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

Así, las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar un tratado de derechos humanos exigen examinar si el conjunto de actos practicados por los poderes públicos, incluso los de carácter legislativo, respetan las disposiciones del tratado. Muchas veces, la cuestión central a ser juzgada por el tribunal internacional se refiere a la compatibilidad del derecho interno con el tratado, como en aquellas situaciones en que la aplicación de una ley conduce, inevitablemente, a la violación de las normas internacionales (BERNHARDT, 1993, p. 30-32), lo que demanda su revisión o derogación para que cese el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado. La conciencia de esa repercusión explica la tendencia, percibida tanto en los países que integran el Sistema Europeo de Derechos Humanos como en los del Sistema Interamericano, de incorporar esos tratados al derecho interno, y se encuentra consolidada en el artículo 2 de la CADH.²³ La incorporación de las normas internacionales permite, además, que los propios tribunales nacionales contribuyan a garantizar el cumplimiento de las obligaciones por los Estados, cuando se les reconoce competencia para aplicarlas directamente (KELLER; STONE SWEET, 2008, p. 683-688).

La frecuencia con que surgen problemas de compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional también se debe al carácter abierto de las disposiciones constitucionales e internacionales sobre derechos humanos, que exigen la delimitación del ámbito y del contenido de los derechos garantizados. Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan sus respectivos tratados como *instrumentos vivos*, que deben ser aplicados a la luz de las condiciones actuales (KILLANDER, 2010). Esa interpretación dinámica implica que los tribunales internacionales esclarezcan y desarrollen constantemente los principios y reglas establecidos en los tratados, definiendo las obligaciones que corresponden a los Estados. A medida que evoluciona la aplicación del tratado en el ámbito interno, tiende a hacerse más relevante la jurisprudencia de los órganos originalmente encargados de su protección, lo cual suministra la base para un diálogo entre la jurisdicción nacional y la internacional sobre la compatibilización del derecho interno y el internacional (SLAUGHTER, 1994).

En ese contexto ya no se puede seguir defendiendo una visión estrictamente jerárquica de la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos (BOGDANDY, 2008; TORRES PÉREZ, 2009, cap. 3). El desarrollo de los sistemas regionales de protección crea una dinámica en que los órganos nacionales no pueden ignorar el impacto de las decisiones tomadas por los tribunales internacionales en el ámbito del derecho interno, so pena de que el Estado se encuentre constantemente en situación de incumplimiento ante la comunidad internacional. Como el deber del Estado de cumplir con las obligaciones no depende del nivel jerárquico que se le atribuya al tratado, es necesario adoptar criterios hermenéuticos que permitan armonizar sus disposiciones con las disposiciones de derecho interno, especialmente las de índole constitucional.²⁴

Partiendo del presupuesto de que los derechos reconocidos en los tratados deben ser garantizados por el Estado a sus jurisdicionados aunque sus disposiciones no hayan sido incorporadas al derecho interno o, si eso hubiera ocurrido, independientemente del nivel que se les atribuyera en la jerarquía interna, percibimos que el problema gira en torno a saber cuáles son los derechos que vinculan a los poderes públicos, independientemente del origen internacional o interno de la norma. Tanto los *derechos fundamentales* reconocidos en una Constitución, como los *derechos humanos*, reconocidos en un tratado internacional, poseen el mismo propósito: limitar el uso del poder coercitivo del Estado (LETSAS, 2007, p. 33-35). Por lo tanto, las preguntas que debe plantearse el juez que aplica una disposición constitucional o internacional son las mismas: ¿está autorizado el Estado a usar su poder coercitivo en esta determinada situación? Desde ese punto de vista, la respuesta formulada por el STF en el caso de la prisión civil del depositario infiel es ejemplar: el uso de la coerción en esa hipótesis no está autorizada *a la luz* de la CADH.

Ese conjunto de elementos y el conocimiento de la experiencia de otros países nos llevan a concluir que la diferencia entre las tesis de la supralegalidad y de la constitucionalidad en el derecho brasileño debe ser relativizada. Tal como vimos, la supralegalidad excluye la posibilidad de que los tratados de derechos humanos puedan ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad, el cual, para el STF, sigue estando constituido exclusivamente por la Constitución de 1988. Por lo tanto, el campo en que la diferencia entre las tesis de la supralegalidad y de la constitucionalidad puede verse acentuado es eminentemente procesal: ya sea en el ámbito del control por vía incidental, o en el ámbito del control por vía directa, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados como causa de pedir, a menos que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico como enmienda constitucional, tal como prevé el artículo 5.º, párrafo 3º.

No obstante, la jurisprudencia del STF indica que los tratados de derechos humanos son utilizados no solo como parámetro para interpretar las normas infraconstitucionales, sino también las normas constitucionales. Los dispositivos de la prisión civil del depositario infiel, de la presunción de inocencia, de la duración razonable del proceso, del contradictorio y de la amplia defensa, y de las libertades de prensa y de ejercicio profesional, en los casos antes citados, fueron interpretados de forma que los convirtieran en compatibles con la CADH, ocasionando el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico brasileño. Eso significa que el STF utiliza los tratados de derechos humanos como *parámetros de interpretación constitucional*,²⁵ puesto que suministran criterios hermenéuticos para definir el contenido de las normas constitucionales. Al juzgar la validez de los actos de los poderes públicos ante la Constitución, el STF analiza los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales para definir de qué manera deben interpretarse las disposiciones constitucionales.

La utilización de los tratados de derechos humanos como parámetros de interpretación constitucional también ofrece respuestas a los posibles problemas de compatibilización entre las disposiciones constitucionales y las internacionales, pues permite que el STF armonice esos conjuntos normativos con base en la

interpretación que ofrezca la mejor protección de los derechos humanos. De esa forma, se preserva, además, la integridad del sistema jurídico brasileño, puesto que el Estado debe actuar siempre de forma coherente con los principios que justifican sus acciones (DWORKIN, 1999). Así, la ratificación de un tratado de derechos humanos por parte de Brasil implica que en la interpretación constitucional tendrán que tenerse en cuenta nuevos principios, lo que exigirá el reconocimiento de otros derechos y la extensión de derechos ya reconocidos, tal como prevé la propia Constitución en su artículo 5.º, párrafo 2.º. Eso significa que, a veces, el Poder Judicial tendrá que reexaminar su jurisprudencia en busca de coherencia con el conjunto de principios que rigen el derecho brasileño, alejando los precedentes que se muestren incompatibles con una interpretación más actualizada de los derechos fundamentales.

5 Conclusión

La incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno es un factor que contribuye a que los Estados cumplan con sus obligaciones en esa área. En este trabajo, hemos intentado explorar de qué manera la adopción de la tesis de la suprallegalidad puede contribuir al perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos por parte del Estado brasileño. A partir del análisis de la jurisprudencia del STF, hemos visto que la suprallegalidad hace posible que los tratados de derechos humanos sean utilizados no solo para interpretar las disposiciones legales, sino también la propia Constitución. A continuación, hemos percibido que la experiencia de otros países indica que el nivel jerárquico atribuido al tratado no es determinante para esa utilización, teniendo en vista la exigencia de compatibilizar la Constitución con los tratados internacionales. Finalmente, hemos defendido que los tratados de derechos humanos deben servir de parámetro de interpretación constitucional en el derecho brasileño, permitiendo la armonización de las disposiciones constitucionales e internacionales.

Cabe observar asimismo que el uso de los tratados internacionales no debe estar restringido al STF, sino que debe servir de pauta interpretativa para todos los órganos judiciales. Además, los poderes públicos deben ampliar su conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente del sistema interamericano (BERNARDES, 2011, p. 141-146), a fin de que se respeten los compromisos asumidos por Brasil. En el ámbito del proceso legislativo, eso exige que se haga el análisis de la compatibilidad de los proyectos de ley con los tratados de derechos humanos y, en el ámbito del Poder Ejecutivo, que se anulen los actos administrativos que contraríen tales tratados. Explorada desde esa perspectiva, la suprallegalidad puede ofrecer muchos caminos por los que transite el perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos en Brasil.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; WEBER, Anne. 2008. The reception process in France and Germany. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press. p. 107-164.
- BERNARDES, Marcia Nina. 2011. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 134-156, dez. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_07.htm>. Visitado en: Mayo 2013.
- BERNHARDT, Rudolf. The Convention and Domestic Law. 1993. In: MACDONALD, Ronald St. John.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.). 1993. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25-40.
- BESSON, Samantha. 2008. The reception process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press. p. 36-106.
- BOGDANDY, Armin von. 2008. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 6, No. 3, p. 397-413, jul./oct.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. 2006. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México. DF, n. 6, p. 29-78, jul./dic.
- CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. 2011. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Conceito Editorial. p. 257-296.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. 1996. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos.
- CLAYTON, Richard. 2004. Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998. *Public Law*, London, p. 33-47, Spring.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. 2003. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. 1997. **European Human Rights Convention in Domestic Law: a comparative study**. Oxford: Clarendon Press.
- DWORKIN, Ronald. 1999. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. 2002. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. 2004. **Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMEISTER, Frank. 2006. Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 4, No. 4, p. 722-731, Oct.
- KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press.
- KILLANDER, Magnus. 2010. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. **SUR**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 149-175, dez. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/13/07.pdf>>. Visitado em: Mayo 2013.
- KLUG, Francesca; STARMER, Keir. 2005. Standing back from the Human Rights Act: how effective is it five years on? **Public Law**, London, p. 716-728, Winter.
- LETSAS, George. 2007. **A teory of interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- MARINONI, Luiz Guilherme. 2010. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAUÉS, Antonio Moreira. 2008. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José Avelás; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina. p. 289-312.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2011. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. 1999. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 1-33.
- MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. 2008. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**, v. 9, No. 2, p. 161-193, Feb. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=897>>. Visitado em: Visitado em.
- PIOVESAN, Flavia. 1997. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. 2008. **La interpretación de los derechos: del Tribunal**

de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- RAMOS, André de Carvalho. 2004. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar.
- _____. 2009. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). 2009. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin. p. 805-850.
- REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS. 2006. **Review of the Implementation of the Human Rights Act**. London: DCA.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. 2011. La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. **Hendu**, v. 2, n. 1, p. 20-42. Disponible en: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/664/938>>. Visitado en: Mayo 2013..
- SILVA, Virgílio Afonso da. 2010. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). 2010. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 515-530.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. 1994. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 99-137.
- STRECK, Lenio Luiz. 2011. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
- TORRES PÉREZ, Aida. 2009. **Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication**. Oxford: Oxford University Press.
- UPRIMNY, Rodrigo. [2001]. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72>. Visitado en: Mayo 2013.

Jurisprudencia

- BRASIL. 1977. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**.
- _____. 1995a. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347**.
- _____. 1995b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131**.
- _____. 1997. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**.
- _____. 2000. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785**.
- _____. 2005. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.237**.
- _____. 2006a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.359**.
- _____. 2006b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.634**.

- _____. 2008a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 92.569.**
- _____. 2008b. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 466.343.**
- _____. 2009a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 95.464.**
- _____. 2009b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 96.059.**
- _____. 2009c. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n° 83.810.**
- _____. 2009d. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 93.503.**
- _____. 2009e. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 511.961.**
- _____. 2009f. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 99.891.**
- _____. 2009g. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 98.878.**
- _____. 2010a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 99.914.**
- _____. 2010b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 98.579.**
- _____. 2010c. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 102.368.**
- _____. 2010d. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n° 103.546.**

NOTAS

1. Cf., para todos, Recurso Extraordinario (RE) n.º 466.343 (J. 03/12/2008). Todos los fallos del STF citados en este trabajo fueron consultados en la página web del STF: <<http://stf.jus.br>>. Visitado en: Mayo 2013.
2. "Artículo 5.º, párrafo 2º. Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales de que la República Federativa de Brasil sea parte."
3. "Artículo 5.º, LXVII. No habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por impago voluntario e inexcusable de obligación alimentaria y la del depositario infiel."
4. "Artículo 7.7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandados de una autoridad judicial competente expedidos en virtud del impago de una obligación alimentaria."
5. Boletín de jurisprudencia vinculante n.º 25: "Es ilícita la prisión civil de depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito".
6. Al final de los debates realizados en el transcurso del juicio, el ministro Gilmar Mendes presentó un *dictamen adicional al voto* consagrando, en nombre de la mayoría, la tesis de la suprallegalidad.
7. La importancia creciente de los precedentes judiciales en el derecho brasileño ha sido destacada, aunque de formas muy diversas, por la doctrina. Cf. Marinoni (2010) y Streck (2011).
8. Cf., para todos, el *Habeas Corpus* (HC) n.º 72.131 (J. 23/11/1995).
9. También contribuyó a esa situación el hecho de que Brasil no reconoció hasta 1998 la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hasta la fecha solo ha juzgado cinco casos contra el Estado brasileño: Ximenes Lopes, en julio de 2006; Nogueira de Carvalho, en noviembre de 2006; Escher, en julio de 2009; Garibaldi, en septiembre de 2009; y Guerrilla del Araguaia, en noviembre de 2010.
10. Anteriormente, en un caso juzgado en 2000, hacía su primera aparición en el STF la tesis de la suprallegalidad. En el Recurso en *Habeas Corpus* n.º 79.785 (J. 29/03/2000), el ministro relator Sepúlveda Pertence admitió que los tratados internacionales de derechos humanos, aunque se sitúen por debajo de la Constitución, deberían ser dotados de *fuerza suprallegal*, para la aplicación directa de sus normas, incluso contra las leyes ordinarias, "siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella constan." Pese a eso, el juicio concluyó negando al doble grado de jurisdicción el carácter de una garantía constitucional absoluta, limitando, por lo tanto, la

aplicabilidad del artículo 8.2.h de la CADH, según el cual, "Toda persona acusada de un 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 a un juez o tribunal superior".

11. "Artículo 5.º, párrafo 3º. Los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos 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 a la Constitución."

12. "Artículo 5.º, párrafo 4º. Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado adhesión".

13. "Artículo 109, párrafo 5.º: En las hipótesis de grave violación de derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá alegar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o proceso, un incidente de desplazamiento de competencia a la Justicia Federal".

14. Cabe observar que la posición defendida por el ministro Celso de Mello no excluye el principio de la supremacía constitucional, reconociendo que habría una jerarquía interna en el bloque de constitucionalidad, lo cual preservaría los derechos consagrados en la Constitución frente a eventuales restricciones impuestas a ellos por tratados internacionales.

15. Ese cambio en la interpretación de la Constitución queda aún más evidente cuando se contrasta con los fundamentos presentados por el ministro Moreira Alves en el juicio del HC n.º 72.131: "Siendo, pues, un mero dispositivo legal ordinario, ese párrafo 7º del Artículo 7º de la referida Convención no puede restringir el alcance de las excepciones previstas en el art. 5º, LVII, de nuestra actual Constitución (y nótese que esas excepciones se superponen al derecho fundamental del deudor en no ser susceptible de prisión civil, lo

que implica un verdadero derecho fundamental de los acreedores de deuda alimentaria y de depósito convencional o necesario), incluso para el efecto de revocar, por interpretación constitucional de su silencio para no admitir lo que la Constitución brasileña admite expresamente, las normas sobre la prisión civil del depositario infiel (...)". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995b, p. 8.686).

16. En el mismo sentido, HC n.º 96.059 (J. 10/02/2009), HC n.º 99.914 (J. 23/03/2010) y HC n.º 102.368 (J. 29/06/2010).

17. En el mismo sentido, HC n.º 95.464 (J. 03/02/2009), HC n.º 98.878 (J. 27/10/2009), HC n.º 98.579 (J. 23/03/2010) y RHC n.º 103.546 (J. 07/12/2010).

18. HC n.º 88.359 (J. 14/11/2006).

19. HC n.º 86.634 (J. 18/12/2006) e HC n.º 93.503 (J. 02/06/2009).

20. HC n.º 92.569 (J. 11/03/2008).

21. RHC n.º 83.810 (J. 05/03/2009)

22. En latín, «los pactos deben ser respetados.» (Nota de la editora).

23. "Artículo 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

24. Obsérvese que la atribución de nivel constitucional a los tratados de derechos humanos tampoco prescinde de criterios hermenéuticos para solucionar eventuales problemas de conflicto entre las disposiciones constitucionales originarias y las disposiciones internacionales, tal como pone de manifiesto el recurso a criterios como el de la "norma más favorable".

25. La importancia de esa categoría para comprender las relaciones entre Constitución y tratados internacionales es puesta de relieve por Gómez Fernández (2004, p. 359-361).

ABSTRACT

In December 2008, when ruling on a number of cases involving the civil imprisonment of unfaithful trustees, the Supreme Court modified its understanding of the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian law, adopting the thesis of supra-legality. This article analyzes the potential impacts that this change can have on constitutional interpretation in Brazil, examining how the Supreme Court has applied the thesis of supra-legality and the extent to which the hierarchy of international human rights treaties has influenced, in other countries, their use in interpreting the Constitution. The article concludes that supra-legality allows for the construction of arguments in favor of using human rights treaties as a parameter of constitutional interpretation in Brazilian law.

KEYWORDS

International human rights treaties – Supra-legality – Supreme Court

RESUMO

Em dezembro de 2008, ao julgar várias ações que envolviam a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, passando a adotar a tese da supralegalidade. Este artigo analisa os possíveis impactos que a mudança pode trazer para a interpretação constitucional desenvolvida no Brasil, examinando como o STF tem aplicado a tese da supralegalidade e de que modo o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos influencia, em outros países, seu uso na interpretação da Constituição. O trabalho conclui que a supralegalidade permite construir argumentos que favoreçam a utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetro de interpretação constitucional no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Tratados internacionais de direitos humanos – Supralegalidade – Supremo Tribunal Federal.