

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

39

Enero-Junio 2004

 **Asdi**
ABENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

**NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS**



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2004, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

| | |
|--|-----|
| Presentación | 7 |
| <i>Roberto Cuéllar</i> | |
| Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. | 11 |
| <i>Thomas Buergenthal</i> | |
| Doctrina | |
| The Right to Live: The Illegality Under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction. | 35 |
| <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> | |
| Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio <i>pro homine</i> | 71 |
| <i>Humberto Henderson</i> | |
| La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos | 101 |
| <i>Fabián Salvioli</i> | |
| The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law | 169 |
| <i>Tathiana Flores Acuña</i> | |
| El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño | 203 |
| <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i> | |

Temas en derechos humanos

Pueblos indígenas, derechos económicos,
sociales y culturales y discriminación233

Diego Iturralde G.

El derecho indígena entre derecho constitucional
y derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni.....257

Bartolomé Clavero

El sector empresarial y los derechos humanos:
¿puede el sector privado contribuir a promover los
derechos humanos en el sector cafetalero?293

Anthony P. Ewing

Elliot J. Schrage

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 39 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2004. Incluye temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, complementada de una sección con temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria.

A través de sus dieciocho años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH -hace más de dos décadas- hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organizaciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para esa comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de

factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 39 de la Revista IIDH está dividido en tres partes. A modo de introducción, la primera es un artículo de Thomas Buergenthal, Presidente Honorario del IIDH; Juez de la Corte Internacional de Justicia; ex Presidente, Vicepresidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lectura amena, este artículo es un recuento de los primeros años de la Corte Interamericana, visto desde la perspectiva personal de uno de los integrantes del primer grupo de jueces que conformó este Tribunal.

La sección Doctrina en esta ocasión cuenta con cinco interesantes artículos. Abre con el aporte de Antônio A. Cançado Trindade, ex Director Ejecutivo del IIDH; ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actual Juez de la misma. En su texto analiza la ilegalidad de las armas de destrucción masiva en el marco del derecho internacional contemporáneo. Sigue un trabajo en el que Humberto Henderson -docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo (Uruguay) y actualmente funcionario de Freedom House en México- intenta una aproximación al estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno de los países. El tercer documento que les ofrecemos tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales, en lo que se refiere a su protección en el sistema interamericano de derechos humanos. Su autor, Fabián Salvio, es Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Director del Instituto de Derechos Humanos y de la carrera de postgrado de Magíster en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y consultor del IIDH. Tathiana Flores, abogada especialista en derecho internacional, que trabaja actualmente en la Corte Internacional de Justicia, evalúa en su trabajo los crímenes sexuales en el Estatuto de Roma, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. Por último, el aporte de Valerio de Oliveira Mazzuoli -Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en el Instituto de Enseñanza Jurídica Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), en San Pablo (Brasil), y en la Facultad de Derecho de Presidente Prudente (San Pablo, Brasil)- cierra esta sección, con su artículo titulado El derecho internacional de los

derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño.

La tercera y última sección de este número de la Revista IIDH, Temas en derechos humanos, está compuesta por tres aportes, dos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y uno al novedoso tema del sector privado y los derechos humanos. Diego Iturralde, antropólogo y jurista ecuatoriano, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del IIDH, nos invita a pensar sobre los cambios que las identidades indígenas han experimentado en los últimos años en la región, desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales y la discriminación. Bartolomé Clavero, Catedrático de la Universidad de Sevilla, nos presenta El derecho indígena entre derecho constitucional y derecho interamericano. Venezuela y Awas Tingni, artículo en el que analiza la posición respecto al derecho indígena por parte del derecho constitucional y el internacional, desde una perspectiva histórica y el caso de Venezuela. Cierra el número con el trabajo conjunto de Anthony P. Ewing y Elliot J. Schrage, abogados de la Universidad de Columbia (Nueva York), quienes exploran el tema de los derechos humanos desde el sector empresarial, con el ejemplo del sector cafetalero.

Agradecemos a la autora y los autores por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Doctrina

El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño*

Valerio de Oliveira Mazzuoli**

Introducción

La responsabilidad internacional penal de los individuos es una conquista de la humanidad. El mundo contemporáneo se viene preocupando con esta temática desde el período de posguerra, cuando los 21 acusados de colaboración con el régimen nazista fueron llevados a juicio por el Tribunal de Nuremberg¹. Este Tribunal, instituido para juzgar las atrocidades cometidas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, contribuyó enormemente para la formación de una nueva doctrina según la cual los **individuos** son sujetos de derecho internacional público; principalmente cuando dejó expreso que los “crímenes contra el derecho internacional son

* El autor agradece a los doctores Alejandro Daniel Perotti, Emiliano Buiz, Pablo Ceriani y Juan Manuel Otero, por la colaboración en la traducción de este trabajo.

** Magíster (LL.M.) en Derecho Internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad Estadual Paulista (UNESP), Campus de Franca (Brasil). Profesor Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huanuco (Perú). Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en el Instituto de Enseñanza Jurídica Profesor Luiz Flávio Gomes (IELF), en San Pablo (Brasil), y en la Facultad de Derecho de Presidente Prudente (San Pablo, Brasil). Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional Internacional en los cursos de especialización de la Universidad Estadual de Londrina (Paraná, Brasil). Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI) y de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Democráticos (ABCD).

1 Cf. Ramella, Pablo A., *Crimes contra a humanidade*, trad. Fernando Pinto, Río de Janeiro, Ed. Forense, 1987, págs. 6-8. Como dice Rivera Santivañez, José Antonio, “Es que la humanidad tuvo que soportar el holocausto de la Segunda Guerra Mundial, para comprender que una convivencia pacífica sólo es posible si los Estados promocionan, respetan, defienden y protegen los derechos humanos, a fin de que los hombres no se vean obligados a recurrir al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión de sus gobernantes”. *Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional, 2004, pág. 1.

cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y los preceptos de derecho internacional se hacen efectivos apenas con la condena de los individuos que cometan esos crímenes”².

El artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, fijó bastante claramente que la posición oficial de acusados como los Jefes de Estado o los funcionarios responsables en departamentos gubernamentales, no los libraría de responsabilidad ni se la disminuiría. El artículo 8 del mismo Estatuto, a su turno, procuró dejar bien establecido que el hecho de que “un acusado ha actuado por orden de su gobierno o de un superior” no lo libraría de responsabilidad, lo que refuerza la concepción de que los individuos también son pasibles de responsabilidad en el ámbito internacional³.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado en esa ciudad en 17.07.1998⁴, es bastante claro al respecto, cuando dispone en su artículo 25 (Responsabilidad Individual Penal) que: “1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte **será responsable individualmente** y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto” [la letra negrita es nuestra]⁵.

La competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar personas físicas, debe ser considerada la mayor prueba de **responsabilidad individual internacional** moderna, lo cual refuerza la idea de que también son sujetos de derecho internacional los indivi-

2 Cf. Hortatos, Constantine P., *Individual Criminal Responsibility for Human Rights Atrocities in International Criminal Law and the Creation of a Permanent International Criminal Court*, Athens, Ant. N.Sakkoulas Publishers, 1999.

3 Cf. *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal* [United Nations]. Doc. A/CN. 4/5, de 03.03.1949, págs. 87-88.

4 Fue aprobado en Brasil por el Decreto Legislativo n. 112, de 06.06.2002, y promulgado por el Decreto Ejecutivo n. 4.388, de 25.09.2002. Depósito de la Carta de Ratificación en 20.06.2002. Entrada en vigor internacional en 01.07.2002. El texto integral del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, versión brasileña, puede ser encontrado en De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Coletânea de direito internacional*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 691-745.

5 Cf. sobre el asunto: Grossman, Claudio; G. McDonald; A. Specter y S. Weinstein, “International Support for International Criminal Tribunals and an International Criminal Court”, en *American University International Law Review*, vol. 13, n. 6, 1998, págs. 1413-1439. En Brasil aún existen autores que niegan la personalidad internacional de los individuos. Ver Rezek, José Francisco, *Direito internacional público: curso elementar*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 158-161.

duos⁶. Por ello, reviste gran importancia el estudio de la integración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento brasileño, principalmente si tenemos en consideración que Brasil es, entre los Estados interamericanos, aquel que menos se ha preocupado por la eficacia interna de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. La doctrina brasileña tiene que desdoblarse para conseguir convencer al Supremo Tribunal Federal de este país de que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado brasileño tienen índole y nivel constitucionales y prevalecen sobre toda la legislación infraconstitucional brasileña⁷.

Por esta razón se pretendió demostrar mediante este estudio, cómo se da la integración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico brasileño, a la luz de la moderna doctrina humanista interamericana⁸.

Para enfrentarse correctamente al presente tema, se hace necesaria la discusión acerca de: a) cómo los tratados internacionales que

6 Cf. sobre la materia: Allmand, Warren, "The International Criminal Court and the Human Rights Revolution", en *McGill Law Journal*, vol. 46, n. 1, noviembre de 2000, págs. 263-238. Ambos, Kai, "Les fondements juridiques de la Cour Penale Internationale", en *10 Revue trimestrielle des droits de l'homme* 739, 1999. Annan, Kofi, "Advocating for an International Criminal Court", en *Fordham International Law Journal*, vol. 21, n. 2, 1997, págs. 363-366. Bassiouni, M. Cherif, "Enforcing Human Rights through International Criminal Law and through an International Criminal Tribunal", Louis Henkin y John Lawrence Hargrove (eds.), en *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1994. Bock, Kristen, "Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent", en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32, n. 3, verano de 2001, págs. 625-75. Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerp, Intersentia, 2002. Edwards, George E., "International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Rights to Privacy", en *Yale Journal of International Law*, vol. 26, n. 2, 2001, págs. 323-412. Grossman, McDonald, Specter y Weinstein, "International Support for International Criminal...", págs. 1413-1439. McAuliffe de Guzman, Margaret, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", 22 (2), en *Human Rights Quarterly* 335, 2000. Reed, Brody, "International Crimes, Peace and Human Rights. The Role of the International Criminal Court. The Rome Statute of the International Criminal Court: a Challenge to Impunity", en *The American Journal of National Law*, vol. 96, n. 1, enero de 2002, págs. 268-273. Shelton, Dinah, *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2000.

7 Cf. Cea Egaña, José Luis, "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Revista Ius et Praxis*, año 5, n. 2, 1999, págs. 353-361.

8 Para un estudio de la Corte Penal Internacional en Brasil, ver Choukr, Fauzi Hassan y Kai Ambos (coordinadores), *Tribunal penal internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 484 pág.

versan sobre los derechos humanos fundamentales se incorporan en el derecho interno; b) cuáles son las reglas de interpretación que deben ser adoptadas, especialmente en lo que concierne a la armonización con el derecho interno; c) cómo los tratados internacionales de protección de derechos humanos influyen en el proceso de redefinición de la democracia en el ámbito brasileño. Es decir, resulta necesario examinar la dinámica de la relación entre el proceso de internacionalización de los derechos humanos y su impacto y repercusión en el proceso de redefinición y reconstrucción de la democracia en el ámbito brasileño.

Primero estudiaremos la integración, eficacia y aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno brasileño, realizando una interpretación sistemática del artículo 5, párrafos 1 y 2; artículo 1, III; y artículo 4, II; todos de la Carta Magna de la República de 1988. Como resultado hermenéutico de la interpretación de tales normas, este estudio presentará su conclusión respecto al **principio de la primacía de la norma más favorable al ser humano**, indicando los medios en que debe ser utilizado y procesado en el derecho interno del país.

Influencia de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno brasileño

El problema de la concurrencia entre tratados internacionales y leyes internas de jerarquía infraconstitucional, puede ser resuelto de dos maneras, en principio, en el ámbito del **derecho de gentes**⁹. Una de ellas consiste en hacer prevalecer los tratados sobre el derecho interno infraconstitucional, garantizando la plena vigencia del compromiso internacional, no obstante la existencia de leyes posteriores que lo contradigan. En la otra, dichos problemas son resueltos al asegurar a los tratados sólo un tratamiento **igualitario**, y tomar como paradigma las leyes nacionales u otras normas de grado equivalente. Brasil, según el Supremo Tribunal Federal, se encuadra en este segundo sistema (monismo nacionalista). Hace más de veinte años tiene vigencia en la jurisprudencia brasileña el sistema **paritario**, por el cual el tratado, una vez formalizado, pasa a tener fuerza de ley ordinaria (ver *Revista Trimestral de Jurisprudência* n. 83, pp. 809 y ss.), y puede, por ello, re-

9 Ver De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Tratados internacionais: com comentários à convenção de Viena de 1969*, 2ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, págs. 205-251.

vocar las disposiciones en contrario, o ser revocado en su defecto (*rectius*: perder eficacia) frente a una ley posterior¹⁰.

Es perentorio aclarar que el estudio de las relaciones entre el Derecho Internacional y el ordenamiento interno se perfila como uno de los más difíciles de comprender, debido a que consiste en conocer qué tipo de relaciones establecen entre sí¹¹. El punto neurálgico de la cuestión consiste en saber cuál de las normas deberá prevalecer si hay conflicto entre el producto normativo convencional (norma internacional) y la norma interna. Para intentar resolver este problema, surgieron dos grandes posturas doctrinarias: la **monista** y la **dualista**.

En 1914 Alfred von Verdross acuñó el término **dualismo**, que fue aceptado por Triepel en 1923. Para quienes se adhieren a esta corriente, el derecho interno de cada Estado y el derecho internacional son dos sistemas independientes y distintos, aunque igualmente válidos. Como los dos sistemas regulan materias diferentes, no podría existir conflicto entre ellos, es decir, en ningún caso podría un tratado internacional regular un asunto interno sin haber sido incorporado con anterioridad a dicho ordenamiento por medio de un procedimiento de recepción que lo transforme en ley nacional. Para los partidarios del dualismo, los tratados internacionales sólo representan compromisos exteriores del Estado, asumidos por los gobiernos para su representación, sin que eso influya en el ordenamiento interno del Estado en cuestión. En un caso, se trata de relaciones entre Estados, mientras que en el otro las reglas visan la reglamentación de las relaciones entre los individuos¹². Es por eso que, para los dualistas, los compromisos exteriores no tienen la condición de producir efectos automáticos en el orden jurídico interno del país, si lo pactado no se materializa en forma de instrumento normativo característico del derecho interno: una ley, un decreto, una ley complementaria, una norma constitucional, etcétera¹³.

10 Cf. Gomes, Luiz Flávio, "A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos", en *Revista de los Tribunales*, n. 710, 1994, pág. 26. Rezek, José Francisco, *Direito internacional público...*, pág. 104.

11 Para un estudio sobre la materia, ver De Albuquerque Mello, Celso D., *Curso de direito internacional público*, vol. 1, 11ª ed., revisada y aumentada., Río de Janeiro, Livraria Editora Renovar, 1997, págs. 103-117.

12 Cf. Accioli, Hildebrando y Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, *Manual de direito internacional público*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 59.

13 Cf. Bohomoletz de Abreu Dallari, Pedro, "Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional", en *Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região (seminário)*, São Paulo, Imprensa Oficial, 1997, pág. 29.

Esta teoría encontró en Carl Heinrich Triepel, alemán, uno de sus defensores más notables. Triepel realizó el primer estudio sistemático en la materia (*Völkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuyos conceptos fueron aprovechados por Dionisio Anzilotti, de Italia, que los adoptó en 1905 en un trabajo titulado *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*, y celebrados también por Oppenheim. Esta corriente dualista establece diferencias entre el derecho internacional público y el derecho interno, entre las cuales figura la que marca que las reglas internas de un Estado soberano emanan de un poder ilimitado, en relación con el cual los dependientes se encuentran fuertemente subordinados, lo cual no sucede en el ámbito internacional. Así, estos dos ordenamientos jurídicos – el del Estado y el internacional– pueden coexistir sin que uno prime sobre el otro, pues sus esferas de aplicación son distintas. De este modo, no es posible que un precepto del Derecho de Gentes revoque otro que sea contrario a él en el derecho interno. El Estado que suscribe el pacto apenas está obligado a incorporar tales preceptos en su ordenamiento doméstico, asumiendo solamente una obligación moral, aunque, de no hacerlo, será responsable por ello en la esfera internacional¹⁴. Para los defensores del dualismo, “las normas del Derecho Internacional carecen de fuerza coactiva en el interior de un Estado a menos que se las recepte, es decir, se las convierta en reglas del Derecho Interno, por medio de un acto del Poder Legislativo, de modo que, en consecuencia, es imposible que existan colisiones entre los dos órdenes jurídicos”¹⁵.

Los autores **monistas** parten de una inteligencia contraria. Para ellos, si un Estado firma y ratifica un tratado internacional, es porque se está comprometiendo jurídicamente a asumir un compromiso; si tal compromiso supone derechos y obligaciones que pueden ser exigidos en el ámbito interno del Estado, no se hace necesario, tan sólo por ello, un nuevo acto que materialice internamente aquel compromiso exterior¹⁶.

Los monistas se dividen en dos corrientes. Una de ellas, el **monismo internacionalista**, que sostiene la unicidad del orden jurídico

14 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...* págs. 207-214.

15 De Amorim Araújo, Luis Ivani, *Curso de direito internacional público*, 9ª ed., Río de Janeiro, Ed. Forense, 1997, pág. 44. Sobre la jurisprudencia brasileña de influencia *dualista*, ver Dolinger, Jacob, *Direito internacional privado*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, págs. 90-107, donde el tema está citado y comentado ampliamente.

16 Cf. Bohomoletz de Abreu Dallari, “Normas internacionais de direitos...”, pág. 29.

bajo la primacía del derecho internacional, al cual deben ajustarse todos los órdenes internos (posición que tuvo en Hans Kelsen su mayor exponente); quienes defienden esta postura se bifurcan —unos no admiten que una norma de derecho interno vaya en contra de un precepto internacional, bajo pena de nulidad, como es el caso de Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), y otros, los más moderados, como Verdross, niegan esa falta de validez aunque afirmen que una ley tal constituye una infracción que el Estado afectado puede impugnar al exigir o bien su derogación o bien su inaplicabilidad, y responsabilizar al infractor por la indemnización de los perjuicios devengados¹⁷. La otra corriente, el **monismo nacionalista**, pregona la primacía del derecho nacional de cada Estado soberano, bajo cuya óptica la adopción de los preceptos internacionales se vislumbra como una facultad discrecional. Aceptan la integración del producto convencional al derecho interno, pero no con un grado jerárquico superior. Los monistas defensores del predominio interno dan así una importancia especial a la soberanía de cada Estado y a la descentralización de la sociedad internacional. Tienden de esta manera al culto de la Constitución, al estimar que en su texto, al cual ningún otro puede sobreponerse en este momento, debe hallarse el grado de prestigio que se concede a las normas internacionales escritas y consuetudinarias, vertiente influenciada por la filosofía de Spinoza y de Hegel, defensor de la soberanía absoluta del Estado, seguida también por Wenzel y Chailley¹⁸.

De esta manera, dentro del sistema jurídico brasileño, en el que los tratados y las convenciones guardan estrecha relación de paridad normativa con las leyes ordinarias dictadas por el Estado, la normativización de los tratados internacionales permite, en lo concerniente a la jerarquía de fuentes, situarlos (como quiere el STF), en el mismo plano y en el mismo grado de eficacia en que se posicionan nuestras leyes internas¹⁹. Esta es la posición ya adoptada

17 Cf. De Amorim Araújo: *Curso de direito internacional...*, págs. 44-45.

18 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...*, págs. 215-228; y De Oliveira Mazzuoli, Valerio, “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos”, en *Soberania: antigos e novos paradigmas*, Sidney Guerra y Roberto Luiz Silva (coordinadores), Río de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, págs. 346-359.

19 Cf. Acordada n. 662-2, del proceso de extradición juzgado por el Tribunal Pleno del Supremo Tribunal Federal, en decisión mayoritaria, a los 28.11.96 (DJ, 30.05.97, pág. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

y afianzada por el Supremo Tribunal Federal desde hace más de veinte años, a pesar de que en la actualidad algunas voces proclaman la supremacía de los tratados de derechos humanos frente a la Constitución Federal, como veremos más adelante.

Puede surgir así un punto muerto: determinados dispositivos de orden interno que conciernen a una libertad individual disponen de una determinada manera, y una norma de derecho internacional, de otra. Podemos ejemplificar con la cuestión de la prisión civil por infidelidad depositaria: la Constitución Federal de 1988 (art. 5, LXVII), proclama que “no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y la del *depositario infiel*”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por otra parte, dispone que nadie puede ser puesto en prisión sólo por no poder cumplir con una **obligación contractual** (la negrita es nuestra), tratado este que viene, por su parte, a corroborar lo que establece el artículo 7, 7, del Pacto de San José de Costa Rica (al que Brasil se adhirió sin reservas), que excluyó de su texto la figura del depositario infiel²⁰.

Siguiendo esta línea de pensamiento, surge una pregunta: con la ratificación, por parte de Brasil, de estos dos tratados internacionales, ¿no estaría revocado lo que dispone la Constitución Federal acerca de la prisión civil del depositario infiel? De acuerdo con la orientación del STF, no. Con la excepción de la Constitución holandesa que, tras la revisión de 1956 permite en ciertas circunstancias que tratados internacionales deroguen su propio texto, es muy difícil que una de esas leyes fundamentales desprecie, en este momento histórico, “el ideal de seguridad y estabilidad del orden jurídico a tal punto de sobreponerse, por sí misma, al producto normativo de los compromisos exteriores del Estado”²¹. De forma que, “enfrentada la primacía de la constitución a la norma *pacta sunt servanda*” –explicaba el entonces ministro Rezek– “es corriente que se preserve la autoridad de la ley fundamental del Estado, incluso

20 Art. 7, 7: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Para un estudio sobre la materia, ver De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2002, 252 pág.; y De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, Río de Janeiro, Editora América Jurídica, 2001, págs. 193-247.

21 Cf. Rezek, *Direito internacional público...*, pág. 103.

cuando ello signifique la práctica de un ilícito por el cual, en el plano externo, aquel deba responder”²².

Según lo entiende la Suprema Corte, cualquier tratado internacional, desde que es ratificado por Brasil, pasa a formar parte de nuestro derecho interno, en el ámbito de la *legislación ordinaria*. Esta, como se sabe, no tiene ninguna fuerza para modificar el texto constitucional, puesto que la Carta Magna, como expresión máxima de la soberanía nacional –en términos del Supremo Tribunal Federal– está por encima de cualquier tratado o convención internacional que entre en conflicto con ella. Al no haber en la Constitución garantía de privilegio jerárquico de los tratados internacionales respecto del derecho interno brasileño, debe garantizarse la autoridad de la norma más reciente, ya que resulta **paritario** (se reitera: de acuerdo con el STF) el tratamiento brasileño dado a las normas de derecho internacional, para lo cual hace función en su favor, en este caso, la regla *lex posterior derogat priori*²³.

La prevalencia de ciertas normas de derecho interno sobre las de derecho internacional se desprende de principios del propio STF, sobre la base de la **especialidad** de las leyes en el sistema jurídico constitucional. De todos modos, incluso antes de la Constitución de 1988, el STF ya se había pronunciado al respecto, a propósito de la Convención de Ginebra de Ley Uniforme en materia de Cheques, por votación **unánime**, con fecha 04.08.1971, en el RE 71.154-PR –del que fue relator el ministro Oswaldo Trigueiro– en el sentido de que **no es razonable que la validez de los tratados quede condicionada a la doble manifestación del Congreso Nacional, exigencia que ninguna de nuestras Constituciones prescribió jamás**. Esto quiere decir que no se exige, más allá de la aprobación del tratado, un segundo acto legal específico que reproduzca las normas modificatorias. Algunos años más tarde, el plenario del STF se volvería a manifestar, sin embargo, con un avance significativo, principalmente, *in verbis*:

Aunque la Convención de Ginebra, que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y notas promisorias, tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, en nada se ubica ella por sobre las leyes del país, derivándose de ello la constitucionalidad y consecuente

22 *Ibíd.*, págs. 103-104.

23 Para un estudio sobre la materia, ver De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...*, págs. 397-425.

validez del Decreto-ley 427/69, que instituyó el registro obligatorio de la nota promisorio en la Repartición de Hacienda, bajo pena de nulidad del título (publicado en la Acordada en *RTJ* 83/809-848, RE 80.004-SE, relator de la Acordada ministra Cunha Peixoto, de 01.06.1977).

Para el STF, entonces, las leyes **especiales** tienen prevalencia sobre los pactos o convenciones internacionales posteriores a ellas, al ser estas normas infraconstitucionales **generales** y, por ese motivo, no ser aptas para revocar normas infraconstitucionales **especiales** anteriores (*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*). O, como decía Papiniano: “*In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* [en toda disposición de Derecho, el género es derogado por la especie, y se considera de importancia preponderante lo que respecta directamente a la especie]”²⁴.

Principio de la primacía de la norma más favorable a las víctimas: la prevalencia de la norma más favorable al ser humano

Estamos convencidos de que las soluciones dadas hasta ahora para el problema de la jerarquía entre tratados internacionales y la ley interna, no han sido las mejores. Es más, son de las peores. Es temible la falta de lógica jurídica que azota, en este campo, a nuestros tribunales. Las soluciones que necesitamos se nos presentan la mayor parte de las veces ante nuestros ojos. El remedio para nuestro problema es simple, casi no requiere esfuerzo alguno por parte del intérprete y proviene justamente del estudio más detallado de los derechos humanos²⁵.

Actualmente, se viene percibiendo el surgimiento gradual de una nueva mentalidad, más abierta y optimista, en relación con los derechos humanos, principalmente en esta nueva generación de juristas. Ya no se reflexiona más, para este nuevo grupo, en términos de monismo y dualismo, lo que ya estaría –y efectivamente está– por demás superado. Lo que pretenden, según nos parece, es que les sea dado su debido valor a las normas de derechos humanos provenientes

24 Papiniano, *Digesto*, lib. 50, tít. 17, frag. 80.

25 Ver sobre la materia, De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, cap. VII.

de los tratados internacionales. No admiten esta equiparación de los tratados con la legislación interna del país. Por el contrario, desean ver aquellos compromisos internacionales igualados a la Constitución del Estado²⁶. En este diapasón, el artículo 29 (Normas de interpretación) del Pacto de San José, Costa Rica, dispone que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes [...] ²⁷

Tomando en consideración estas disposiciones convencionales, la nueva doctrina, más abierta a la novedosa realidad actual, apoya la supremacía de aquel producto convencional en el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, que establece lo siguiente: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Como se advierte, son tres las vertientes, en la Constitución de 1988, de los derechos y de las garantías individuales: *a)* derechos y garantías expresados en la Constitución; *b)* derechos y garantías derivados del régimen y de los principios adoptados por la Constitución y *c)* derechos y garantías inscritos en los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte.

El párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, como se puede percibir sin demasiado esfuerzo, tiene un carácter eminentemente **abierto**, ya que da un margen al ingreso, junto a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, de otros derechos y garantías provenientes de tratados. Esta cláusula del párrafo 2 del artículo 5 de la Carta de la República admite –y esto es bien visible– que tratados internacionales de derechos humanos

26 Cf. De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*, Campinas, Editora Minelli, 2002, págs. 69-96.

27 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Coletânea de direito internacional...*, pág. 543.

entren en el ordenamiento jurídico brasileño a nivel constitucional, y no en el ámbito de la legislación ordinaria, como pretende el Supremo Tribunal Federal.

Por su parte, si la Constitución establece que los derechos y las garantías consagrados en ella “no excluyen” otros provenientes de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil es parte (art. 5, párrafo 2), es porque ella misma autoriza que esos derechos y garantías internacionales que constan en los tratados ratificados por Brasil “se incluyan” en nuestro ordenamiento jurídico interno, y pasen a ser considerados como si estuviesen escritos en la propia Constitución. Si los derechos y las garantías expresos en el texto constitucional “no excluyen” otros provenientes de los tratados internacionales en los que Brasil es parte, es porque, lógicamente, ellos “los incluyen”²⁸.

Según la opinión autorizada de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, a la expresión “no excluyen”, que figura en el párrafo 2 del artículo 5 de la Carta Magna brasileña

no puede ser concedido un alcance meramente cuantitativo: ella debe ser interpretada como queriendo significar también que, en caso de conflicto entre las normas constitucionales y el Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales, será este el que prevalecerá [...] En cuanto a los demás tratados de Derecho Internacional Convencional particular, allí sí pensamos que estos ceden frente a la Constitución pero tienen valor supralegal, esto es, tienen prevalencia por sobre la ley interna, anterior y posterior. O sea, adoptamos la posición que se encuentra expresamente consagrada en las Constituciones francesa, holandesa y griega²⁹.

Al actuar de esta manera, el estatus del producto normativo convencional no puede ser otro que el de una verdadera norma materialmente constitucional. O sea, para nosotros, los instrumentos sobre derechos humanos que se incorporan al derecho interno brasileño con el mismo rango de la constitución, no están incorporados a la Constitución: están fuera de ella, integrando el denominado **bloque de constitucionalidad federal**³⁰.

28 Cf. Bidart Campos, German J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ed. Ediar Sociedad Anónima, 1995, pág. 461.

29 Gonçalves Pereira, André y Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, págs. 117 y 121.

30 Cf. Bidart Campos, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Buenos Aires, Ed. Ediar Sociedad Anónima, 1995, pág. 285. Según Rivera Santivañez, José Antonio: “[...]declaraciones, tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del

En este sentido, hay quien sustenta con brillantez, como Flávia Piovesan, que, cuando la Carta de 1988 en su artículo 5, párrafo 2, dispone que “los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros derechos provenientes de los tratados internacionales”, a *contrariu sensu*, ella está “incluyendo, en el catálogo de los derechos constitucionalmente protegidos, los derechos enunciados en los tratados internacionales en los que Brasil sea parte. [...] Este proceso de inclusión implica la incorporación por parte del texto constitucional de estos derechos”³¹. Así, al incorporar en su texto estos derechos internacionales, la Constitución les atribuye una naturaleza especial y diferenciada –como lo es “la naturaleza de norma constitucional”– y ellos pasan a integrar, por lo tanto, el elenco de los derechos constitucionalmente protegidos, interpretación acorde con el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales. Esta nueva doctrina, tan abierta y preocupada por la protección de los derechos humanos, merece nuestro aplauso.

Hay que enfatizar, empero, que los demás tratados que no versen sobre **derechos humanos**, no tienen naturaleza de norma constitucional. Tendrán, sí, naturaleza infraconstitucional (pero suprallegal), emanada del artículo 102, III, b, de la Carta Magna, que confiere al Supremo Tribunal Federal la competencia para “juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal”. Fue, incluso, sobre la base de este dispositivo, que el STF adoptó la ya comentada teoría de la **paridad**, de la cual se debe insistir, sin embargo, en que no tiene vigor cuando la norma que se debe aplicar proviene de un tratado internacional de “derechos humanos”. Nótese que el párrafo 2 del artículo 5 de la CF, habla de **derechos y garantías expresados en la Constitución**, de donde se concluye que solamente los tratados internacionales que traten sobre **derechos y garantías** individuales se encuentran amparados por esta cláusula, llamada por esa misma razón **cláusula abierta** y cuya finalidad es exactamente la de incorporarlos como derechos y garantías constitucionales.

bloque de constitucionalidad, por lo mismo se constituyen en el parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución. De otro lado, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos jurídicos internacionales forman parte del catálogo de derechos fundamentales, por lo mismo son tutelables a través de las vías previstas por la Constitución y las leyes [...]”, en *Tribunal Constitucional y protección...*, pág. 15.

31 Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, pág. 82. Ver, a propósito, De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos e cidadania à luz...*, págs. 71-88.

De este modo, más que valer como ley interna, los derechos y garantías fundamentales proclamados en las convenciones ratificadas por Brasil, por fuerza del mencionado artículo 5, párrafo 2, de la Constitución Federal, pasan a tener, por voluntad de la propia Carta Magna, el estatus de “norma constitucional”. En la medida en que los Estados asumen compromisos mutuos en convenciones internacionales, que disminuyen la competencia discrecional de cada contratante, ellos restringen su soberanía y esto constituye una tendencia del constitucionalismo contemporáneo, que apunta a la prevalencia de la perspectiva monista internacionalista para regular la relación establecida entre derecho interno y derecho internacional³².

Las innovaciones introducidas por la Carta de 1988 tuvieron una importancia fundamental para la ratificación de numerosos instrumentos de protección de derechos humanos. El marco inicial de este proceso de incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por parte del derecho brasileño, fue la ratificación, en 1989, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes. A partir de esta ratificación, siguieron: a) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el 20 de julio de 1989; b) la Convención sobre los Derechos del Niño, el 24 de septiembre de 1990; c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 24 de enero de 1992; d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 24 de enero de 1992; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 25 de septiembre de 1992; f) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el 27 de noviembre de 1995³³.

32 Cf. Dallari, Pedro, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988*, trabajo académico.

33 Ver, a propósito, la lección de Lindgren Alves, José Augusto, “Con la adhesión a los dos Pactos Internacionales de la ONU, así como al Pacto de San José en el ámbito de la OEA, en 1992, y habiendo anteriormente ratificado todos los instrumentos jurídicos internacionales significativos sobre la materia, el Brasil ya cumplió prácticamente todas las formalidades externas necesarias para su integración al sistema internacional de protección de los derechos humanos. Internamente, por otro lado, las garantías a los amplios derechos entronizados en la Constitución de 1988, no pasibles de enmiendas e, incluso, extensivas a otros provenientes de tratados de los que el país sea parte, aseguran la disposición del Estado democrático brasileño de conformarse plenamente a las obligaciones internacionales contraídas por él”, en *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo, Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, pág. 108.

El derecho brasileño, por lo tanto, optó por un sistema diferenciado, combinando regímenes jurídicos distintos: un régimen aplicable a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y otro aplicable a los tratados tradicionales que no dispongan sobre derechos humanos³⁴. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de tener naturaleza de norma constitucional, gozan de incorporación inmediata en el ordenamiento jurídico interno. Los demás tratados, los tradicionales, además de poseer una naturaleza infraconstitucional en los términos del artículo 102, III, b, de la Constitución –que admite la procedencia del recurso extraordinario de decisión para declarar la inconstitucionalidad del tratado–, no se incorporan en forma automática a nuestro ordenamiento interno. Como bien explica Flávia Piovesan³⁵, el tratamiento jurídico diferenciado, conferido por el artículo 5, párrafo 2, de la Carta Constitucional de 1988, “se justifica en la medida en que los tratados internacionales de derechos humanos presentan un carácter especial, distinguiéndose de los tratados internacionales comunes. Mientras que estos buscan el equilibrio y la reciprocidad de las relaciones entre los Estados Partes, aquellos trascienden los meros compromisos recíprocos entre los Estados pactantes. Los tratados de derechos humanos hacen objetiva la salvaguarda de los derechos del ser humano y no de las prerrogativas de los Estados”. Este carácter especial pasa a justificar, así, el estatus constitucional atribuido a los tratados internacionales de protección de derechos humanos³⁶. De esta manera, el ser humano, en esta escala de valores, pasa a ocupar la posición central, que desde hace mucho merece³⁷.

34 Con respecto al “sistema diferenciado”, ver De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados...*, págs. 315-319.

35 Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional...*, pág. 94.

36 Al respecto, es de resaltar lo sostenido por Travieso, Juan Antonio, citado por Piovesan, Flávia, *in verbis*: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados Partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado”, en *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1990, pág. 90.

37 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos e cidadania...*, págs. 99-113.

Los derechos humanos provenientes de tratados tienen una naturaleza materialmente constitucional. Como observa J. J. Gomes Canotilho:

el criterio bajo análisis nos coloca ante uno de los temas más polémicos del derecho constitucional: ¿cuál es el contenido o la materia de la Constitución? El contenido de la Constitución varía de época en época y de país en país y, por ello, es tendencialmente correcto afirmar que no hay reserva de la Constitución en el sentido de que ciertas materias deben necesariamente ser incorporadas en la constitución por el Poder Constituyente. Adviértase, sin embargo, que, históricamente (en la experiencia constitucional), fueron consideradas como materia constitucional, *par excellence*, la organización del poder político (caracterizada por el principio de división de poderes) y el catálogo de los derechos, libertades y garantías. Posteriormente, se verificó el “enriquecimiento” de la materia constitucional a través de la inserción de nuevos contenidos, hasta entonces considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo o de naturaleza sub-constitucional (derechos económicos, sociales y culturales, derechos de participación y de los trabajadores y constitución económica³⁸).

Perfíbase que, al atribuirles la Constitución la naturaleza de “normas constitucionales”, los tratados pasan, conforme a lo que establece el párrafo 1 del artículo 5 de la CF, a tener aplicabilidad directa, y se dispensa así el dictado de un decreto de ejecución para que sus efectos tengan lugar tanto en el plano interno como en el plano internacional. En cambio, en los casos de tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos, este decreto se vuelve necesario. Más allá del artículo 5, párrafo 1, de la Carta de la República, esta conclusión se ve impuesta por la auto-aplicabilidad de los tratados internacionales de protección de derechos humanos y por las propias normas de derecho internacional, pues, si un Estado se compromete a acatar los preceptos de un tratado, es obvio que las normas deben ser inmediatamente exigibles. Como dice Cançado Trindade:

Se puede incluso admitir una presunción en favor de la autoaplicabilidad de los tratados de derechos humanos, excepto que ellos contengan una estipulación expresa de ejecución por medio de leyes subsiguientes que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones; así como la cuestión de la jerarquía de las normas (y

38 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pág. 68.

de la determinación de cuál de ellas debe prevalecer) ha sido tradicionalmente reservada al derecho constitucional (interviniendo en todo ello las considerables variaciones en el particular que encontramos de país en país), la determinación del carácter autoaplicable (*self-executing*) de una norma internacional constituye, como se ha señalado, a su vez, ‘una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o de la violación de una norma de derecho internacional’³⁹.

Aparte de ello, debe resaltarse que todos los derechos insertados en los tratados que se han mencionado, constituyen **cláusulas pétreas**, y no pueden ser suprimidos por enmienda constitucional, en los términos del párrafo 4, IV, del artículo 60, de la Carta de 1988, que dice: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: IV – los derechos y garantías individuales.”

Al dar la Carta Magna la naturaleza de “norma constitucional” a los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil, y al pasar estos derechos incluidos en los tratados a constituir una **cláusula pétrea**, en los términos de su artículo 60, párrafo 4, IV, por tratarse también de un **derecho**, será igualmente **cláusula pétrea** aquella norma de interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (*supra*: art. 29), que pasa a tener también aplicabilidad inmediata cuando asegura que ninguna de sus disposiciones **puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos...**⁴⁰

Por todo lo que se expuso, fue adoptado en Brasil el monismo internacionalista kelnesiano. Para esta corriente, la simple ratificación de un tratado ya implica efectos jurídicos tanto en el plano internacional como en el plano interno, de modo que el derecho internacional y el derecho interno componen un mismo y único ordenamiento jurídico, debido a que la incorporación de los tratados en el orden interno se realizaría de inmediato. Y esa es la enseñanza de Celso Ribeiro Bastos que, comentando el párrafo 2 del artículo 5 de la Magna Carta, dice:

39 Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos”, en *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, São Paulo, Centro de Estudios de la Procuraduría General, 1996, pág. 34.

40 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 253 y ss.

No será ya posible sostener la tesis dualista, es decir, la que los tratados obligan directamente a los Estados, pero no generan derechos subjetivos para los particulares, que quedarían dependiendo de la referida intermediación legislativa. De ahora en adelante será, entonces, posible invocar los tratados y convenciones, de los cuales, Brasil sea signatario, sin necesidad de la edición por el Legislativo de un acto con fuerza de ley, volviendo al otorgamiento de la vigencia de los acuerdos internacionales⁴¹.

Parece haber sido esa misma la voluntad del legislador, pues fue el jurista brasileiro, profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, juez-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien realizó la propuesta a la Asamblea Nacional Constituyente, para incluir en la Constitución la regla del artículo 5, párrafo 2. Este eminente profesor, puede decirse, es el responsable de la existencia del párrafo 2 del artículo 5 de nuestra Carta Magna⁴².

Según Cançado Trindade:

Lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2, de la Constitución Brasileira de 1988 se inserta en la nueva tendencia de las Constituciones Latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagradas. La especificidad y el carácter especial de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentran, en efecto, reconocidos y sancionados por la Constitución Brasileira de 1998: si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación de un acto con fuerza de ley del Poder Legislativo, de modo de otorgar a sus disposiciones vigencia y obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, no es lo mismo en los casos de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en los que Brasil es parte, puesto que los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, en virtud del artículo 5, párrafos 1 y 2, de la Constitución Brasileira de 1998, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y a ser directa e inmediatamente exigibles en el plano jurídico interno⁴³.

41 Ribeiro Bastos, Celso e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 396.

42 Cf. Cançado Trindade, A. A., “Direitos e garantias individuais no plano internacional”, en *Assembléia Nacional Constituinte, atas das comissões*, vol. 1, Brasília, n. 66, supl., 27.05.87, pág. 111 y págs. 109-116; cf. también Cançado Trindade, A. A., “Entrevista”, I Justiça e Democracia, en *Revista da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, 1996, págs. 07-17, especialmente págs. 10-11.

43 Cf. también Cançado Trindade, A. A., *A proteção internacional dos direitos*

Esta sí nos parece que haya sido la voluntad del legislador, la verdadera *mens legislatoris*, la cual, además, es merecedora de aplauso. Pero el desarrollo de la presente construcción no se detiene allí. Otro punto que pasa inadvertido por la mayoría de la doctrina, y que merece nuestra reflexión, es el concerniente a los principios adoptados por la Constitución, que vienen a complementar todo aquel entendimiento del párrafo 2, artículo 5, de la Constitución de la República, por nosotros ya analizado.

El razonamiento es simple: abstrayéndose de la referencia a los tratados internacionales, el texto constitucional dispone que los derechos y las garantías expresados en la Constitución, no excluyen otros “derivados del régimen y de los principios por ella adoptados”. Uno de los principios constitucionales expresamente consagrados por la Carta Magna, el cual es inclusive “rector” de la República Federativa del Brasil, es el principio de prevalencia de los derechos humanos (Cf. art. 4, II). Ahora bien, si el **principio** de la República Federativa del Brasil es la **prevalencia de los derechos humanos**, a otro entendimiento no se puede llegar sino al de que todo tratado internacional de derechos humanos tendrá **prevalencia**, en lo que resulte más beneficioso sobre las normas constitucionales en vigor. La conclusión, aquí, una vez más, proviene de la propia lógica jurídica, que no puede ser dejada de lado, para que sean interpretados correctamente aquellos preceptos⁴⁴.

Al realizar una interpretación sistemática de la Constitución, que proclama en su artículo 4, II, que Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de **prevalencia de los derechos humanos**, y en su artículo 1, III, que Brasil se constituye en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento, *inter alia*, la **dignidad de la persona humana**, a otra conclusión no se llega, sino a la de que la voluntad del legislador, en el artículo 5, párrafo 2, de la Carta de la República, fue realmente aquella apuntada por el ilustre profesor Antônio Augusto Cançado Trindade. Así, cuando la Constitución dispone en su artículo 4, II, que la República Federativa del Brasil se rige, en sus relaciones internacionales, entre otros, por

humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 630-635; y Cançado Trindade, A. A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 1ª ed., vol. I, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1997, págs. 407-408.

44 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 272-286.

el principio de la **prevalencia de los derechos humanos**, está, ella misma, autorizando la incorporación del producto normativo convencional mas benéfico, por la puerta de entrada de su artículo 5, párrafo 2, que como ya fue visto, tiene el carácter de cláusula abierta a la inclusión de nuevos derechos y garantías individuales provenientes de tratados. Como bien señaló Pedro Dallari:

la prevalencia de los derechos humanos, en cuanto principio rector de las relaciones exteriores de Brasil y fundamento adoptado por el país para la regencia del orden internacional, no implica solamente el alistamiento en el proceso de edificación de sistemas de normas vinculados al Derecho Internacional Público. Se impone buscar la plena integración de las reglas de tales sistemas al orden jurídico interno de cada Estado, lo que resalta la importancia del ya mencionado párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución brasilera de 1988, que da plena vigencia a los derechos y garantías derivados ‘de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte’⁴⁵.

A la vez, la **dignidad de la persona humana**, como enseña el profesor José Afonso da Silva, “es un valor supremo que atrae el contenido de todos los derechos fundamentales del hombre, desde el derecho a la vida”⁴⁶, concepción a la cual también se adhiere J. J. Gomes Canotilho cuando dice que la dignidad de la persona humana es “la raíz fundadora de los derechos humanos”⁴⁷.

No se tiene duda, por ejemplo, de que el **derecho** a la no encarcelación del infiel depositario, en el ejemplo expuesto antes, es un derecho derivado de uno de los **principios** adoptados por la República Federativa (**prevalencia de los derechos humanos**). De esta forma, sobre la base de la propia Constitución, debe entenderse que, tratándose de los **derechos humanos** provenientes de tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte, ha de ser siempre aplicado, en caso de conflicto entre el producto normativo convencional y la Ley Magna Fundamental, el principio de **primacía de la norma más favorable a las víctimas**, principio este defendido con vehemencia por el profesor Cançado Trindade, y expresamente asegurado por el artículo 4, II, de la Constitución Federal. En otras palabras, la **primacía** es la norma que más protege los derechos de la persona

45 Dallari, Pedro, *Constituição e relações exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 162.

46 Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pág. 106.

47 Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, págs. 498 y ss.

humana, interpretación concordante con la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos. Si esta norma más protectora fuera la propia Constitución, excelente. Si no lo fuera, se deja a aquella de lado y se utiliza la norma más favorable a la persona humana, sujeto de derechos internacionalmente consagrados que es, para rechazar, en el ejemplo, la posibilidad de la prisión civil del infiel depositario⁴⁸. Nótese que si se ingresan tales tratados en el ordenamiento jurídico interno a nivel constitucional (Cf. art. 5, párrafo 2), la aparente contradicción entre esas “dos normas constitucionales” conflictivas (una posibilitando y otra imposibilitando la prisión del depositario infiel) debe ser resuelta y dar siempre prevalencia al interés (valor) mayor, y que, *in casu*, es la **libertad** del individuo y no la **propiedad** del bien. Entre los valores libertad y propiedad, sería irracional entender que es el último el que debe prevalecer. Este ejemplo parece haber sido bien ilustrativo en relación con lo que pretendemos demostrar.

Además, Constituciones de diversos países de occidente tienen igualmente consagrada la primacía del derecho internacional frente al derecho interno del país. Así lo hace la Constitución alemana, que en su artículo 25 dispone expresamente: “Las normas generales de Derecho Internacional Público constituyen parte integrante del derecho federal. Se sobreponen a las leyes y constituyen fuente directa para los habitantes del territorio federal”. El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, establece: “Los Tratados o acuerdos debidamente ratificados y aprobados tendrán, desde la fecha de su publicación, autoridad superior a las leyes, con reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. El art. VI (2) de la Constitución de los Estados Unidos, a su vez, dispone: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del País [...]”. Enfáticamente, la Constitución griega de 1975, en su artículo 28, párrafo 1, enuncia: “Las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales luego de su ratificación [...] tienen valor superior a cualquier disposición contraria de las leyes”. La Constitución española, en su artículo 9.2, afirma: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y

48 Cf. el loable voto del juez António Carlos Malheiros, del Primer Tribunal de Alzada del Estado de San Pablo, apelación n. 613.053-8.

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España” –la propia Corte Europea de Derechos Humanos ya se valió de esta disposición de la Constitución española, que expresamente se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como norma de interpretación del derecho interno del país–. La Constitución política del Perú establece en su artículo 101: “Los tratados internacionales, celebrados por Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”. Por último, y de esa misma forma, siguiendo la tendencia de las demás, la Constitución argentina, reformada en 1994, establece en su artículo 75, inciso 22, que determinados tratados e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en ella enumerados tienen “jerarquía constitucional” y que son complementarios de los derechos y las garantías en ella reconocidos.

El principio de prevalencia de la norma más favorable al ser humano impone la observancia de dos reglas de suma importancia. La primera es no establecer disposiciones de derecho interno para impedir la aplicación de derechos más beneficiosos al ser humano previstos en los tratados ratificados; tal regla consta de manera expresa en la mayoría de los tratados, como consecuencia de la circunstancia de la obligación del Estado de acatar los preceptos de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 27, dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La segunda regla se refiere a que en caso de que exista alguna disposición legal promulgada internamente que sea más favorable a las personas residentes en el país, esa norma prevalece sobre las disposiciones que consten en los tratados a los cuales el país se adhirió⁴⁹.

A pesar de las opiniones contrarias, la aplicación del principio de **primacía de la norma más favorable**, no hace nulo ninguno de los preceptos de la Constitución, puesto que deriva de sus propios postulados. El título I de la Carta de la República, donde se inserta el artículo 4, párrafo 2, ya citado, es “De los Principios Fundamentales”. La dignidad de la persona humana (Cf. art. 1, III) protegida por estos principios, está por encima de cualquier disposición en

49 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 65-66.

contrario, que sea limitante de su ejercicio. En el actual contexto de la “era de los derechos” de Bobbio, no hay más que hablar sobre la ya superada polémica entre monistas y dualistas, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos. “En el presente dominio de protección –como bien dice el profesor Cançado Trindade– la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea la norma de derecho internacional o del derecho interno. Este y aquel, aquí se integran en beneficio de los seres protegidos. Es la solución expresamente consagrada en diversos tratados de derechos humanos, de mayor relevancia por sus implicaciones prácticas”⁵⁰. Uno de ellos es el propio Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 5, 2) que dispone: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

El criterio de la norma más favorable a las personas protegidas, consagrado expresamente en tantos tratados de derechos humanos, dice Antônio Augusto Cançado Trindade:

contribuye, en primer lugar para reducir o minimizar las pretendidas posibilidades de “conflictos” entre instrumentos legales en sus aspectos normativos. Contribuye, en segundo lugar, para obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en dimensión vertical (tratados e instrumentos de derecho interno), como en la horizontal (dos o más tratados). En lo tocante a esta última, el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas, ya en el fin de la década de los 50, era aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición número 235/56, de 1958-1959), y recibió reconocimiento especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas. Contribuye, en tercer lugar [...], para demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos –garantizando los mismos derechos– son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección ⁵¹.

Según Max Soresen, la primacía de la norma más favorable, hoy, es clara y se evidencia, “por la regla bien establecida de que un Estado

50 Cançado Trindade, “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos...”, pág. 43.

51 *Ibíd.*, págs. 44-45.

no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella” (*Manual de derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económico, 1992). También, según el referido autor:

El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...] Pero, [...] todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese⁵².

Finalmente, es necesario dejar bien en claro que los tratados internacionales tienen su propia forma de revocación, la **denuncia**, y considerando todo lo que se ha visto hasta aquí, ya no se hablará más respecto a que la legislación interna, por el **criterio cronológico**, puede revocar o derogar el tratado. Este solo puede ser alterado por otra norma de categoría igual o superior, internacional, y no por ley interna, lo cual ha sido sustentado por el juez Antonio Carlos Malheiros, en diversos votos, con el apoyo de la doctrina de Haroldo Valladão y del ministro Philadelpho Azevedo, para sustentar la inconstitucionalidad de la prisión del depositario de bien, por fuerza de lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v.g. 1º TACiv-SP - Hábeas Corpus n. 674.380-2 - juzgado en 14.02.96). Con la finalidad de criticar a los que entienden que los tratados de derechos humanos pueden ser revocados por leyes internas infraconstitucionales, reflexionó el profesor Cançado Trindade: “¿Como podría un Estado-Parte en un tratado explicar a los demás Estados-Partes la derogación o revocación del referido tratado por una ley? ¿Que seguridad jurídica ofrecería este Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales?”⁵³.

Cuando en su artículo 4, II, la Constitución proclama que Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de la **prevalencia de los derechos humanos**, y en su artículo 1, III, que el Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho, teniendo

52 Apud. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, voto en el Habeas Corpus n. 493.158-0/5, voto n. 905.

53 Entrevista al profesor A. A. Cançado Trindade publicada en la revista *Justiça e Democracia*, 1/7, San Pablo, RT, enero-junio, 1996.

como fundamento, *inter alia*, la **dignidad de la persona humana**, la propia Constitución autoriza la incorporación del producto normativo convencional más benéfico, por la válvula de entrada en su artículo 5, párrafo 2, como ya fue visto más de una vez en este texto. Mientras tanto, no basta que tan solo un dispositivo, aunque de peso incuestionable, quede para sustentar garantías tan arduamente conquistadas, pues modernamente no se pretende dar primacía a uno u otro derecho (interno o externo), ya que ambos fueron elaborados con la misma finalidad de ampliar la seguridad de sus protegidos. Este es el verdadero propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos garantizadores de los mismos derechos. Hoy, es tal la dificultad para hacer efectivos los derechos humanos que, apreciando esto, Norberto Bobbio enfatizó: “El problema fundamental en relación a los derechos del hombre, hoy, no es tanto el de *justificarlos*, sino el de *protegerlos*. Se trata de un problema no filosófico, sino político”⁵⁴.

Tal pensamiento expresa que el criterio más eficaz para la interpretación de normas en conflicto, es el de la **primacía de la norma más favorable a las víctimas**. Por consistir en una interpretación de amplio alcance, posibilita una mayor interacción entre los tratados de derecho internacional y el ordenamiento interno del país, y fortalece de manera más eficaz la protección de los derechos y garantías individuales, ampliamente consagrados por varios tratados internacionales. Luego, la primacía corresponde a la norma que mejor protege, en cada caso, los derechos de la persona humana, visto ya que las construcciones normativas convencionales no tienen la prerrogativa de vulnerar el texto constitucional, pero sí de reforzar el rol de los derechos y de las garantías fundamentales contenidos en ellos. Los referidos complementos normativos internacionales solo podrían lesionar la Constitución si viniesen directa y objetivamente a suprimir de nuestra Carta otro derecho fundamental garantizado por ella. Sin embargo, es clara la intención de los preceptos normativos del **derecho de las gentes**, que surge no como violador, sino como garantizador del derecho fundamental de libertad de contenido en la Carta de la República de 1988. De no entenderlo de esta forma, se estaría admitiendo una verdadera *aberratio juris*.

54 Bobbio, Norberto, *La era de los derechos*, Río de Janeiro, Ed. Campos, 1992, pág. 24. En el original: “Il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di È un problema non filosofico ma politico” (Sul fondamento dei diritti dell’uomo).

Conclusiones

Al fin y al cabo de esta exposición teórica, se tiene por afirmadas las siguientes conclusiones.

1. Según el entendimiento del Supremo Tribunal Federal brasileño, cualquier tratado internacional ratificado por Brasil, pasa a ser parte del derecho interno brasileño, en el ámbito de la **legislación ordinaria**, sin fuerza para cambiar el texto constitucional, pues, al ser la Constitución Federal la expresión máxima de la soberanía nacional, ella está por encima de cualquier tratado o convención internacional que entre en conflicto con su texto. Según el Supremo Tribunal, no hay garantía de *privilegio jerárquico* de los tratados internacionales sobre el derecho interno brasileño, y se debe garantizar la autoridad de la norma más reciente, pues es **partidario** el tratamiento brasileño dado a las normas de derecho internacional (*lex posterior derogat priori*).
2. No obstante el entendimiento de la Suprema Corte en esta materia, quedó establecido que cuando la Carta de la República incorpora en su texto derechos fundamentales provenientes de tratados, ella misma está atribuyendo una naturaleza especial y diferenciada, cualquiera que sea “la naturaleza de la norma constitucional”, y tales derechos pasan a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente protegidos, y amparados inclusive por las llamadas **cláusulas pétreas** (Cf., art. 60, párrafo 4, IV). En consecuencia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, que garantiza la responsabilidad internacional penal de los individuos, se integró en el derecho brasileño, a partir de la fecha de su ratificación, con el estatus de **norma constitucional**, por lo que no puede ser abolido ni aun por enmienda a la Constitución.
3. Los demás tratados internacionales que no se refieran directamente al tema de los **derechos humanos**, no tienen naturaleza de norma constitucional; tendrán naturaleza de norma infraconstitucional extraída del artículo 102, III, b, de la Carta Magna brasileña de 1988.
4. Ese resultado es obtenido de la interpretación del párrafo 2 del artículo 5 de la actual Carta Magna, junto con el artículo 4, II, del mismo cuerpo, que dispone el principio de la prevalencia de los derechos humanos, llamado por el ilustre profesor Antônio

Augusto Cançado Trindade, el **principio de la primacía de la norma más favorable a la víctima**.

5. Los tratados internacionales tienen su propia forma de revocación, que es la **denuncia**, y ya no puede sostenerse de ninguna manera, que la legislación interna, por el **criterio cronológico**, tiene poder para revocar o derogar un tratado internacional. Este sólo puede ser alterado o modificado por otra norma de categoría igual o superior, que sea **internacional**, jamás por una ley interna.
6. Los derechos humanos deben traspasar cualquier barrera o impedimento para la consecución de sus fines, lo mismo si esta es una imposición constitucional. Cuando un tratado internacional de protección de derechos humanos viene a ampliar alguno de los derechos contenidos en la Constitución, tal tratado pasa a tener, por autorización expresa de la Carta Magna (art. 5, párrafo 2), fuerza para modificarla, a fin de ampliar los derechos contenidos en ella.
7. Ciertamente, la personalidad de los individuos, en el plano internacional, es limitada. No obstante, en ocasiones, principalmente en lo que respecta a los crímenes de guerra y al genocidio, los individuos tienen, como los Estados, **responsabilidad** en el plano internacional. En estos casos, los individuos pasan a ser penados como tales. En este escenario, adquieren **derechos y obligaciones**, de modo que no se puede afirmar que son solamente los Estados los que cometen actos ilícitos internacionales. Ahora bien, si los individuos, como tales, también pueden ser responsabilizados en el escenario externo en virtud de actos que violan el derecho internacional público, esto implica que ellos también poseen personalidad jurídica internacional. Y si tienen esa personalidad es porque, consecuentemente, también son considerados **sujetos** de derecho internacional público.