

LAS POTENCIALIDADES DEL SIDH FRENTE A SU (IN)APLICACIÓN POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Un retrato de la ambigüedad brasileña
en el marco latinoamericano
de derechos humanos

Anna Laura Feitosa Da Mata Palma

Tutora: Roberta Camineiro Baggio

INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos (DDHH) son fundamentales para una vida digna, basada en la libertad y la igualdad. Ellos tienen cuatro elementos claves para su caracterización: la universalidad, la esencialidad, la superioridad normativa y la reciprocidad. La universalidad consiste en el reconocimiento de la titularidad de todas las personas a los Derechos Humanos, ya que no se trata de tuteladas existentes para privilegiar a las personas consideradas superiores, sino de derechos destinados a la protección universal. La esencialidad, en cambio, no es más que la condición indispensable de tal grupo de derechos a la colectividad. Los DDHH tampoco admiten el sacrificio de ningún derecho esencial para cumplir con las razones del Estado, lo que representa su superioridad sobre otras normas (Ramos, 2021, pp. 31-32).

Asimismo, la reciprocidad es el resultado de la unión de toda la sociedad humana en un mismo entramado de derechos, tanto en términos de titularidad, pues son derechos de todos, como en la sujeción pasiva, ya que no es solo el Estado y sus entidades quienes deben proteger estos derechos, pero también a la comunidad en su conjunto. Estos cuatro elementos hacen de los Derechos Humanos los verdaderos vectores de una sociedad basada en la igualdad y en los intereses de todos y no solo de un grupo específico de personas (Ramos, p. 32). Además, la dignidad de la persona humana se basa en los pilares de los Derechos Humanos, ya que es inherente a las personas y, por tanto, inseparable de su esencia.

Efectivamente, la protección práctica de los Derechos Humanos está relacionada con dos niveles sistemáticos a nivel mundial: el global y el regional. Las Américas cuentan con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), cuyos fundamentos se encuentran en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1967), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y finalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre de 1969, y también el principal tratado en materia de defensa de los DDHH en la región.

Esta convención se enfoca en soluciones para violaciones de Derechos Humanos y, de hecho, trajo la posibilidad de judicialización internacional a la realidad interamericana, con el advenimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Es en este escenario que se desarrollan importantes potencialidades para garantizar los DDHH en las Américas. Para el propósito del presente estudio, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad interamericanos serán analizados. Concretamente, desde la sentencia *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006) y otras que el control de la convencionalidad surgió como una potencialidad de gran interés para la construcción de un *ius commune* interamericano, en materia de Derechos Humanos y Constitucionales (Sagüés, 2010, p. 118).

En pocas palabras, el control de convencionalidad puede ser descrito como un importante refuerzo político del SIPDH, una vez que trajo *accountability* de los Estados-miembros a la debida aplicación de sus bloques de constitucionalidad de acuerdo con la interpretación de la Corte IDH. Ya los bloques de constitucionalidad son, en resumen, la posibilidad de revisión de las leyes y normas internas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), una vez que eleva los tratados internacionales concernientes a la temática al *status* constitucional, es decir, los transforma en un presupuesto de validación de la legislación interna. El doble control sería el ejercicio de ambos, conceptuado por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados Del Congreso* (2006). Por lo tanto, su inaplicabilidad, así como su adecuada aplicación por parte de los Poderes Judiciales de la región, pueden causar varios impactos en la vida de la población en general, dada la naturaleza de los Derechos Humanos y su conexión intrínseca con el proceso democrático.

Si tenemos esto en cuenta, debemos mirar la realidad brasileña. El país se mantuvo por décadas, luego de su redemocratización, como un gran defensor de los Derechos Humanos en la comunidad internacional, estando involucrado en misiones de paz como la de Haití y habiendo cooperado en casos donde fue condenado por la Corte IDH, como el de *Damião Ximenes Lopes* (2006) y *Maria da Penha* (2001), que resultaron en medidas legislativas consideradas marcos importantísimos para la defensa de los derechos humanos y otros fundamentales.

Sin embargo, Brasil nos recuerda muy violentamente en su historia reciente que se trata de una democracia joven e inestable. Con la condena por trabajo esclavo del caso *Fazenda Brasil Verde* (2016) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el respeto internacional por el país como aparente garante de los DDHH ya se había perdido. Además, la constante crisis política que asola Brasil de manera más polarizada desde el *impeachment* de la entonces presidente Dilma Rousseff en 2016 transformó la inseguridad jurídica en normalidad. Asimismo, en 2019 empezó el mandato de Jair Bolsonaro, un presidente que declara abiertamente su disgusto por los derechos humanos y su apoyo a la dictadura militar del país, o sea, el entonces jefe del Poder Ejecutivo del país apoya y defiende el autoritarismo.

Siempre, pero especialmente en tiempos como estos, los Derechos Humanos deben ser efectivamente garantizados, pues son los defensores últimos de la

población y de la democracia. Brasil no permite la efectivización plena de las potencialidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos debido a las obstrucciones políticas y legislativas impulsadas por la propia Corte Constitucional del país, el Supremo Tribunal Federal (STF). De ahí que la presente tesis de maestría busca responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las barreras jurídicas brasileñas para la adecuada internalización de los Derechos Humanos, considerando las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano?

En concreto, el objetivo general del estudio es exponer los obstáculos político-legislativos creados por Brasil para impedir la internalización adecuada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el país, conforme las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano para denunciar la mala conducta del Estado. Además, tiene como objetivos específicos: contextualizar el surgimiento de los Derechos Humanos y del SIPDH desde una mirada latinoamericana, así como de sus potencialidades, para comprender la extensión de los mecanismos; debatir el contexto brasileño presentando la naturaleza de la Constitución vigente y sus cambios recientes, para revelar los obstáculos puestos en el país para la plena implementación de los DDHH; y, finalmente, explorar el protagonismo del STF en el juego político-jurídico responsable de dichas barreras para comprender el desmantelamiento del bloque de constitucionalidad brasileño.

Por otra parte, para llegar a ellos, esta investigación será un estudio bibliográfico elaborado a través de técnicas descriptivas y documentales. Para hacerlo busca estudiar las obstrucciones a la internalización del DIDH en el Derecho brasileño, así como su conceptualización, a través del estudio documental y la construcción del texto. Por lo tanto, se desarrollará una investigación cualitativa. Además, el método deductivo basado en argumentos jurídicos será utilizado. Las principales fuentes de estudio de esta tesis son la doctrina jurídica, los tratados internacionales, los principios del Derecho, las costumbres de la sociedad brasileña, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del STF, así como los archivos de tramitación de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y de la Enmienda Constitucional (EC) 45/2004, y el ordenamiento jurídico nacional, con especial énfasis sobre la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) (1988).

Por consiguiente, el primer capítulo se centra en las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano para la efectivización de los Derechos Humanos en Latinoamérica. El origen de los Derechos Humanos y del SIPDH se contextualiza en el capítulo con especial énfasis al nacimiento político del sistema y su vinculación con los regímenes autoritarios, las transiciones políticas y las democracias latinoamericanas. Por lo tanto, la relación entre Democracia y Derechos Humanos también es debidamente mencionada. Igualmente son explorados los conceptos de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en el Sistema Interamericano como sus grandes potencialidades, enfatizando sus diferentes aplicaciones.

A continuación, el segundo capítulo entra en el contexto brasileño de la creación de la actual Carta Constitucional, buscando especialmente señalar el porqué de la preocupación del poder constituyente originario con la debida protección

de los derechos fundamentales y comprender la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad. La reciente modificación en la Constitución sobre el tema del DIDH también está planeada en este capítulo, pues representa la gran barrera a la adquisición de rango constitucional para todos los tratados internacionales de derechos humanos con los que el país se ha comprometido internacionalmente. Finalmente, se expone la naturaleza jurídica de esos tratados según distintas corrientes y el actual proceso práctico de ratificación de tratados internacionales en Brasil.

En el tercer y último capítulo, el protagonismo del STF en la (in)aplicación de los Derechos Humanos en Brasil es definitivamente desenredado. Los aspectos políticos de su formación, el mantenimiento de ministros de la dictadura militar y la defensa de los DDHH por la Corte son investigados. Las distintas maneras en que el tribunal puede haber contribuido para la naturalización de los bloqueos brasileños al DIDH son exploradas con el respectivo (no) funcionamiento del bloque de constitucionalidad en un escenario donde los tratados más importantes no son considerados constitucionales.

Así, se espera concretamente denunciar a Brasil por su falta de responsabilidad con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional, pues la debilidad de la defensa integral de los Derechos Humanos y de la efectivización de los tratados internacionales firmados por el país son un problema actual que afecta diariamente a miles de brasileños. La buena fe del Estado en cuanto a la aplicación de tales tratados debe ser analizada para garantizar que nunca se rompa la primacía de principios básicos como la dignidad humana y que todos en su territorio puedan gozar de sus derechos más básicos.

EL SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA Y SUS POTENCIALIDADES

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de 1948, culminó con la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966, conforme a la Carta Internacional de Derechos Humanos, y estuvo marcado por diferencias derivadas de los conflictos ideológicos propios del período de la Guerra Fría y del proceso histórico desencadenado entonces por la descolonización. Sin embargo, tales conflictos no impidieron que se completara la fase legislativa de elaboración de los sucesivos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (Trindade, 2006, p. 419).

De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se concibe como un corpus iuris de protección del ser humano, que se construye sobre un nuevo sistema de valores superiores:

El ser humano no es reducido a un 'objeto' de protección, ya que se le reconoce como sujeto de derecho, como titular de los derechos que le son inherentes, y que emanan directamente del ordenamiento jurídico internacional. La subjetividad internacional del individuo, dotado, además, de capacidad jurídico-procesal internacional para hacer valer sus derechos, constituye, en última instancia, la gran revolución jurídica operada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y ahora irreversiblemente consolidado. (Trindade, 2006, p. 413)

De esta manera, el mundo se divide naturalmente en varios bloques, ya sea por razones económicas o geográficas. Por consecuencia, los Derechos Humanos también pasaron a ser objeto de los llamados Sistemas Regionales de Protección, siendo el enfoque de este capítulo contextualizar el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (SIPDH) y presentar su potencial, así estando preliminarmente orientado hasta la Organización de los Estados Americanos (OEA), fundamento de la existencia de dicho Sistema.

La OEA ha pasado a la historia como la organización regional más antigua del mundo, ya que su origen se remonta a 1890, con la Primera Conferencia

Internacional de los Estados Americanos, celebrada en Washington, D.C., que creó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas e inició el proceso de integración en la región. Sin embargo, la Organización de los Estados Americanos fue fundada de hecho en 1948, por veinte estados latinoamericanos y los Estados Unidos de América (EEUU), con la firma de su Carta en Bogotá, Colombia:

La Organización fue creada para lograr en los Estados miembros, como estipula el Artículo 1 de la Carta, 'un orden de paz y justicia, para promover su solidaridad, intensificar su colaboración y defender su soberanía, integridad territorial e independencia'. Hoy, la OEA reúne a los 35 estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2023)

Sin embargo, es importante señalar que la creación de la Organización se dio en medio de la Guerra Fría, que ocurrió entre 1947 y 1991. En este contexto, existía un sistema mundial bipolar dividido entre el capitalismo predicado por los Estados Unidos y el comunismo de la Unión Soviética. América Latina se encontraba dentro de la zona de influencia estadounidense por su proximidad del país, pero en un contexto de expansión de las ideas soviéticas.

De esta manera, durante el período de la Guerra Fría, los países latinoamericanos quedaron subordinados a la desesperación estadounidense ante la expansión del comunismo y, en consecuencia, la posibilidad de una interferencia interna de EEUU. Ante esta situación, el rol económico y social cooperativo de la OEA quedó impedido, ya que la Organización era responsable de proteger a las naciones latinas de posibles injerencias y asegurar a los Estados Unidos el mantenimiento del capitalismo en ellas (Thérien y Gosselin, 1997, p. 199).

La OEA fue considerada por Klauss Dykmann (2003) como un elemento complementario de la política exterior americana en materia de seguridad, pudiendo caracterizarse inicialmente como un acuerdo *quid pro quo*,¹ ya que la Carta de la OEA (1948), sumada al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (1947), constituía un verdadero instrumento interamericano anticomunista de los EEUU contra la influencia soviética en el hemisferio (Dykmann, 2003, p. 134).

Además, es importante mencionar que a pesar de que la seguridad colectiva y la no intervención hubieran sido los rasgos dominantes de la Carta original de la OEA, debido al contexto de su formación, la democracia y los derechos humanos también fueron elementos citados. Además, en el mismo año se firmó la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948). Y aunque el documento no se incorporó a la Carta de la Organización, terminó por hacerse efectivo en el contexto interamericano no solo como derecho consuetudinario (Dykmann, 2003, p. 135), esto es, inherente a las costumbres de la sociedad, sino que también generó frutos jurídicos concretos a través del advenimiento del SIPDH en 1978.

¹ Expresión latina que significa "algo que se da a cambio de otra", o "tomar una cosa por otra", en definitiva, un contrato *quid pro quo* es aquel en el que se ofrece algo a cambio de otra cosa durante un tiempo determinado.

A su vez, el Sistema Interamericano para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos es el mayor legado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José de Costa Rica (1969). Este documento se celebró entre los Estados miembros de la Organización durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica. Su objetivo es que un régimen ideal, basado en los derechos humanos, la libertad personal y la justicia social se consolide entre los países americanos, un hecho que revela la influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en este valioso patrimonio jurídico de la OEA (STF, 2019).

También es importante señalar que el SIPPDH está formado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Estos tienen como objetivo evaluar y juzgar las violaciones de los derechos humanos que se han producido en cualquier país que forme parte y reconozca la competencia de la OEA (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Este instrumento ha dado un camino muy importante a las víctimas que han sufrido violaciones de los derechos humanos en territorio interamericano en los casos en que el gobierno no ha actuado correctamente, y corresponde a la Comisión evaluar si la situación procede al juicio de la Corte.

Concretamente, la totalidad del SIPDH surgió en 1978 con la entrada en vigor de la CADH, en medio de numerosos regímenes autoritarios en las Américas. Por lo tanto, es de suma importancia señalar las circunstancias volátiles que emanan de estos regímenes frente a tal evento, ya que la agenda del Sistema se entiende convencionalmente como contraria a la de los Estados autoritarios debido a que la naturaleza y el concepto de Derechos Humanos se conciben como enemigos del mantenimiento del poder dictatorial, solo habiendo entonces “un movimiento embrionario de integración regional” (Piovesan, 2020, p. 51).

De esta manera, el centralismo autoritario y su alto grado de violaciones a los derechos se perpetuó como la tormenta más grande de América Latina durante la mayor parte de su historia moderna. En el medio, la democratización jugó un papel inicial como la principal fortalecedora de las protecciones fundamentales de los individuos. Esto se dio, debido a que la democracia es construida a partir de la acción popular y la fomenta a través de medidas de defensa a los ciudadanos. Por otro lado, los regímenes autoritarios reprimen fuertemente toda acción que les sea contraria, a través de la utilización de las más variadas acciones repudiadas por el Derecho Internacional para el mantenimiento del poder, como la tortura y la desaparición forzada de personas. Este hecho se puede observar a través de la historia de varios países, como el caso de Brasil:

Desde el proceso de transición a la democracia se aprecia un cambio fundamental en el tratamiento que se le da al tema de los derechos humanos en el país [...] de la década de 1970, hubo un retroceso en la acción brasileña a favor de los derechos humanos, debido al autoritarismo a nivel interno. Tras denuncias de violaciones de derechos humanos por parte del régimen militar, Brasil fue elegido miembro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1977, adoptando una postura “resistente y reactiva”, según Trindade (1994). La ruptura vendría con la redemocratización, cuando el país comenzó a

posicionarse de manera “transparente, constructiva y cooperativa”, en palabras de Alves (2003), lo que marcó la reanudación del compromiso con el tema de los derechos humanos iniciado en el período posguerra. (Moreira, 2010, p. 115)

De hecho, poco después del regreso a la democracia formal, Brasil, al igual que otros Estados latinoamericanos, incumplió rutinariamente las reglas de procedimiento del Sistema. No pocas veces respondió a denuncias graves con meses de retraso y un párrafo exiguo, casi siempre para alegar que los denunciantes no habían agotado los recursos internos. Sin embargo, el creciente número de peticiones realizadas culminó en los sucesivos gobiernos para una búsqueda de mejora en el desempeño brasileño (Berbarden, 2011, p. 142). Por lo tanto, fue con una lentitud significativa que, luego del retorno a la democracia, Brasil buscó recuperar su papel en el área de los DDHH en las Américas, principalmente a través de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1992, y la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, en 1998 (Ventura y Cetra, 2013, p. 2).

Por lo tanto, es crucial percatarse de que “la protección de los derechos humanos está íntimamente ligada al proceso democrático” (Ghali, 1995, p. 3 en Thérieny Gosselin, 1997, p. 199), pues una vez verificada la superposición constante entre los conceptos, éstos pueden considerarse inherentes. Aun así, la conquista de ambos es un resultado fortuito asociado a dolorosos y profundos procesos de lucha, siempre provenientes de complejas cadenas históricas (Solis, 2014, p. 147). A su vez:

Al momento de suscribirse la CADH existían numerosos gobiernos dictatoriales en la región y se hacía latente la necesidad de obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía, los Estados, al reconocer la competencia de la Corte IDH (artículo 62.1 CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1), sus sentencias son “definitivas e inapelables” (artículo 67). En este sentido, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993), y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. (Antoniazzi, 2014, pp. 276-277)

Asimismo, es importante señalar que el componente ideológico-político del Sistema Interamericano reside precisamente en la convicción común del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que sitúa al ser humano como protagonista, exaltando la misión y existencia de la democracia. La sociedad democrática al ser el concepto central del ideario político del SIPDH, se utiliza para explicar las reglas y definir el proceso jurídico, ya que no puede ser ignorado por los intérpretes internacionales, ni por los jueces nacionales que interpretan y aplican los textos internacionales (García Ramírez, 2015, p. 31).

De esta manera, el Sistema sirvió como punto clave de enfrentamiento a regímenes que practicaban el terrorismo de Estado en la década de 1990 al documentar los hechos pasados y denunciarlos, como el caso peruano en la época de Fujimori y el colombiano en sus tiempos de conflicto armado. En el escenario de democratización, la CIDH y la Corte IDH procuraban no solamente reparar a víctimas en casos particulares, sino asentar principios y estándares con el fin de contribuir para una mejora y fortalecimiento de los procesos democráticos y de los principales instrumentos nacionales para la protección de derechos en la región (Abramovich, 2009, pp. 9-10).

Sin embargo, hasta el día de hoy, la cultura de violencia e impunidad derivada de los regímenes dictatoriales afecta mucho a la población latinoamericana, al ser la región más desigual y violenta del mundo (Piovesan, 2020, p. 48). Además, entre los diez países con peor distribución del ingreso en el mundo, Brasil es el octavo, actualmente empatado con el centroamericano Belice, y Botswana, ubicado en África del sur (Index Mundi, 2019). En este sentido, es interesante observar y recordar que:

el escenario internacional contemporáneo resulta así contradictorio: si por un lado, con el fin del enfrentamiento bipolar, el mundo parece más receptivo y sensible a los avances en derechos humanos, por otro lado, la proliferación de conflictos internos lleva a graves violaciones y sistemas de derechos humanos. Con el fin de la guerra fría y la relajación de las tensiones que la acompañó, por un lado, se abrieron caminos para una mayor cooperación internacional, pero por otro lado, muchos países comenzaron a desgarrarse por tales conflictos internos, en medio de grandes conflictos políticos, inestabilidad y al resurgimiento del nacionalismo, la violencia generada por el separatismo étnico, la xenofobia, el racismo y la intolerancia religiosa. Si en el pasado reciente las tensiones se debieron principalmente a la polarización ideológica, en nuestros días han surgido de una diversidad y complejidad de causas, no siempre fácilmente discernibles, creando nuevas barreras entre los seres humanos. (Trindade, 2006, p. 420)

Existe un patrón sistemático de discriminación que afecta a la población indígena y afrodescendiente de la región, donde las mujeres y las niñas siguen siendo objeto de otras prácticas discriminatorias, dando como resultado la denominada *overlapping discrimination*, donde las mismas personas son parte de diferentes grupos vulnerables y por lo tanto sufren con diferentes capas de prejuicio, lo que ejemplifica la importancia de una mirada interseccional. Así, se puede inferir que un promedio del 33% de la población latinoamericana enfrenta un grave y preocupante patrón de violaciones a los Derechos Humanos (Piovesan, 2020, p. 49).

Existen decisiones recientes de la Comisión y de la Corte Interamericana que han molestado a países como Brasil, Ecuador y Venezuela. Al interpretar los compromisos tradicionales de una manera que pone en peligro la legitimidad de los intereses políticos y/o económicos prioritarios del gobierno, el SIPDH termina centrando su atención en controversias internas en las que muchas veces se da el enfrentamiento directo entre el gobierno y los movimientos sociales. Sin embargo, cumplir con los controles consuetudinarios que el Sistema ejerce sobre estos temas, estén o no propiamente en el primer plano de la política interna, significa aceptar la primacía de las normas de derechos humanos como estándar para la resolución de estos conflictos internos (Ventura y Cetra, 2013, pp. 32-33).

Es en este contexto político, social y cultural que se construye el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Por lo tanto, el debido desarrollo de sus potencialidades para la extensión y garantía de dicha protección es primordial para la implementación del DIDH en el Derecho interno de los países miembros de la OEA, una vez que el Sistema por sí mismo no constituye una solución última de las violaciones de derechos humanos perpetradas por los Estados Partes, ya que el acceso al SIPDH depende de la capacidad de los individuos para litigar internacionalmente (Ventura y Cetra, 2013, p. 32). Además, las discusiones de legitimidad, jerarquía jurídica y diálogo jurisdiccional son esencialmente políticas, rasgo que no puede ser ignorado al analizarlas.

1. Bloque de constitucionalidad latinoamericano

En general, la doctrina del bloque de constitucionalidad está compuesta por cláusulas de apertura al DIDH presentes en las Constituciones nacionales, que permiten que normas no constitucionales obtengan el reconocimiento de jerarquías constitucionales, para que estas normas sean interpretadas sistemáticamente con la Constitución. Dichas disposiciones suelen ser instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina. Tal incorporación de normas internacionales al sistema constitucional tiene, en líneas generales, tres implicaciones jurídicas de gran alcance, según el doctor Manuel Eduardo Góngora Mera (2014):

1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales. (Mera, 2014, pp. 301-302)

Sin embargo, cabe recordar que el origen de dicha doctrina viene del derecho europeo, así como el control de convencionalidad, y también fue deslindada por el Tribunal Constitucional Francés en 1971. Diez años después, el concepto fue adoptado por la Corte Constitucional Española y empezó a difundirse por medio de la doctrina y de la jurisprudencia, llegando a Latinoamérica a principios de la década de 1990 a través de Costa Rica, Perú, Panamá y Colombia, y expandiéndose en la región desde dichas naciones (Mera, 2014, pp. 305-306).

Mientras que en Europa el concepto de bloque se refiere primordialmente a un conjunto de normas de origen nacional usadas como parámetro en el control de constitucionalidad, el bloque en América Latina incorpora normas de origen internacional, esencialmente los instrumentos de derechos humanos, dentro del parámetro de constitucionalidad. Esto se explica por la coyuntura político-institucional en que la doctrina llega a la región: los efectos de la caída del Muro de Berlín y del fin de la Guerra Fría, el proceso de democratización de la región y las reformas constitucionales desde finales de los ochentas, que incluyeron referencias explícitas a diversos instrumentos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos y en varios casos incorporaron cortes constitucionales independientes. El bloque cumplía generalmente dos funciones esenciales: 1) resolver la

cuestión de la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos, estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el derecho constitucional y el DIDH (este fue el caso, por ejemplo, de Colombia y Costa Rica); y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político (v.gr. en Panamá y Argentina). (Mera, 2014, p. 308)

De ahí que los Estados empiezan a ser comprendidos como abiertos, factor que debe ser examinado con la estabilización convergente y próspera del constitucionalismo garantista de los DDHH y de la unificación desde una concepción múltiple. En Sudamérica, las Constituciones de los años finales del siglo XX y de la primera década del XXI, por cuenta de los procesos de redemocratización, tenían la permeabilidad doble como el camino adoptado por los constituyentes nacionales, de manera que: incorporan las garantías y atributos del DIDH al derecho constitucional como estándar mínimo de los ordenamientos domésticos y regulan la actuación del país en el proceso integrativo de la región. Por lo tanto, “La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones” (Antoniazzi, 2014, p. 275).

Doctrinalmente, diferentes lentes son aplicadas al fenómeno. Autores como Flavia Piovesan (2012) recurren a la llamada figura del trapecio para ilustrar dicho achatamiento de la pirámide jurídico normativa. Otros hacen referencia a la demanda de reconfiguración del vínculo entre el Derecho interno y el internacional desde el acoplamiento, como Armin von Bogdandy (2011). Cesar Landa (2007) subraya la tesis de coordinación entre sistemas desde una hipótesis de expatriación de la jerarquía jurídica entre normas constitucionales y externas, una vez que dicho vínculo puede ser mejor conducido por los principios de interconexión, convergencia y complementariedad según esta línea de estudios. Esencialmente, con la adopción del bloque de constitucionalidad, el concepto de la soberanía y del propio Estado se ajustan a la contemporaneidad, vinculándose con las nuevas maneras de articulación de la política. El fundamento constitucional para eso son justamente las cláusulas de apertura, pero estas son distintas entre los países y la respectiva doctrina de la región.

En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas de cláusulas de reenvío) y más bien delimitado a los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros estados constitucionales, miembros de una comunidad en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. (Antoniazzi, 2014, p. 266-268)

Se hace hincapié que el Estado Constitucional Contemporáneo debe ser cooperativo, es decir, que no exista solo para sí mismo y para su Derecho Interno, sino que conciba un modelo para otros Estados-nación de una comunidad. Los procedimientos para la aplicación democrática, la independencia de jurisdicción y los mecanismos internos y externos para la protección de los derechos humanos son

decisivos para el establecimiento de la cooperación entre países (Mendes, 2020, pp. 1191-1192). En este sentido, como desentraña el actual ministro de la Corte Constitucional de Brasil, el *Supremo Tribunal Federal* (STF), Gilmar Mendes (2020):

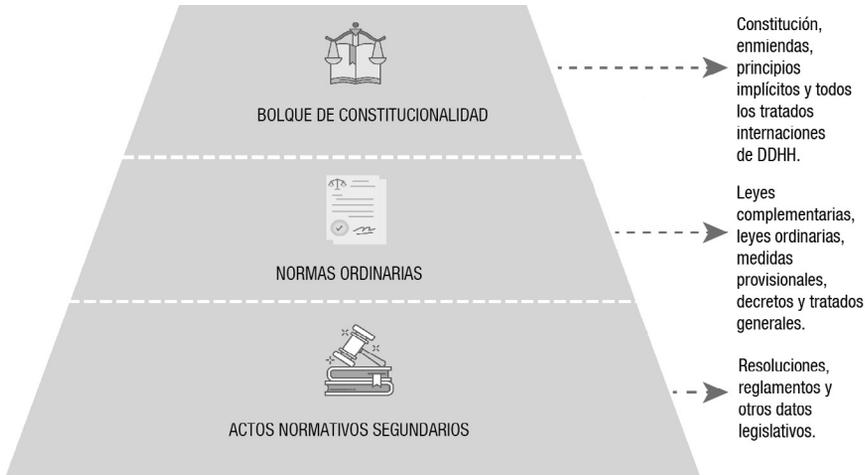
La imagen de la comunidad universal de Estados Constitucionales muestra que el estado constitucional ya no tendrá sus referencias sólo a sí mismo, sino a sus semejantes, que serán como espejos que reflejan imágenes uno del otro para la identificación de sí mismos. La manifestación de este fenómeno se producirá a través de principios generales, en particular los que consagran los derechos humanos universales (como los de los objetivos educativos, la paz mundial, la protección del medio ambiente, la amistad, la cooperación y la ayuda humanitaria). Es evidente, por lo tanto, la relación directa entre la concepción de un Estado Constitucional Cooperativo y el tema de la protección de los derechos humanos. (Mendes, 2020, p. 1192)

Tal fenómeno del orden policéntrico –ya sea el dominio policéntrico o el policentrismo jurídico– no es nuevo, aunque adquiere nuevos rostros en sociedades multiculturales como las sudamericanas. En los países de América del Sur se verifica en cierta medida la determinación común del progreso, es decir, se influyen mutuamente en la integración de los factores pluriculturales que los caracterizan y la Constitución. Esta última funciona como orden abierto y soberano, así como de la inclusión de la multiculturalidad en la sociedad. Más allá, “Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos” (Antoniazzi, 2014, p. 270).

Así, al repensar la interacción entre diferentes órdenes legales y la consiguiente deconstrucción de la pirámide interpretativa a nivel de norma, surge un nuevo dogma por encima de un sistema legal pluralista basado en la intersección de los principios, normas y estatutos de orden supranacional y nacional. Este, un fenómeno contemporáneo, puede ser categorizado bajo diferentes conceptos, como el normativismo supranacional, las redes horizontales de colaboración, la interconstitucionalidad, la metaconstitucionalidad recíproca, el acoplamiento, influjos y lecturas simultáneas, el *multilevel constitutionalism*, o el transconstitucionalismo. En este aspecto, rescatamos la figura geométrica del trapecio (Antoniazzi, 2014, pp. 271-272).

Esta deformación a nivel constitucional se sitúa en el contexto de ciertos cambios de paradigma, por lo que el cambio con respecto a la soberanía merece destacarse. En la década de 1990, las Américas enfrentaron una paulatina transformación y re conceptualización de la soberanía, desde las tradicionales defensas de no intervención al liderazgo en defensa de la democracia y los derechos, en el que académicos, activistas y operadores políticos fueron los protagonistas. En la doctrina sudamericana se afirmó como poco realista la idea de encarnar un Estado plenamente soberano sobre un territorio claramente delimitado, abandonando el enfoque unidisciplinario para dirigirlo hacia un cambio en el paradigma científico de los estudios estatales. La soberanía de las naciones ya no consistía en su poder de controlar lo que sucede dentro de sus fronteras, porque los DDHH

Figura 1. Trapecio Jurídico



Fuente: Ilustración producida por la autora a partir de la teoría desarrollada por Flavia Piovesan (2012, p. 67).

deben ser respetados y protegidos como límites de la soberanía. “La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina, ya no centrada en el *State approach*, sino en el *human rights approach*” (Antoniazzi, 2014, pp. 273-274).

En ese sentido, mismo con las críticas que puedan formularse al *human rights approach*, o enfoque centrado en los derechos humanos, lo más importante es el mantenimiento de su propuesta original de un marco ético internacional post-Segunda Guerra. Desde una mirada más teórica, la doctrina sudamericana sostiene que los debates monista (Kelsen) y dualista (Triepel) acerca de la relación del Derecho Internacional y el Derecho Interno no están dentro del objeto de análisis. Para el sistema regional, este es un debate infructuoso una vez que las Constituciones han dejado de ser sistemas cerrados, y a través de diversas técnicas se han hecho permeables a otros órdenes y principios que les otorgan valor constitucional, aunque no estén expresamente enunciados en sus respectivos textos constitucionales. El intento de optimizar los Derechos Humanos y priorizar el DIDH se considera una cuestión a decidir de cada país al determinar su jerarquía, sin perder toda la esencia del principio de supremacía constitucional (Antoniazzi, 2014, p. 275).

Concretamente, las cláusulas constitucionales de apertura expresan (o deberían expresar) justamente la voluntad del propio Estado de integrar el DIDH en el orden jurídico nacional. Sin embargo, puede demostrarse que algunos de estos artículos son invocados no sólo para reconocer el carácter suprajurídico de estos instrumentos, sino incluso para equipararlos normativamente con las constituciones nacionales (Mera, 2014, p. 303). En un

sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico que permite incorporar a él principios y contenidos normativos de otro ordenamiento jurídico, lo que en última instancia representa un mecanismo de entrecruzamiento normativo. En suma, hoy no cabe duda de que el Derecho Interno es cada vez más receptivo al Derecho Internacional (Antoniazzi, 2014, p. 270). Específicamente acerca de Latinoamérica, en resumen:

Habría que subrayar que salvo la Constitución de 1979 de Perú (que sería derogada por la Constitución de 1993), la de 1994 de Argentina, la de 1999 de Venezuela, y la Constitución Boliviana de 2009, ninguna Constitución de la región consagraba explícitamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. En la mayoría de países la equiparación de las normas internacionales con las normas constitucionales nacionales ha tenido lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de las cortes constitucionales. No obstante, existen importantes diferencias conceptuales respecto a lo que cada país considera como bloque de constitucionalidad. Esto se debe a la naturaleza heterárquica y policéntrica del proceso de difusión de la doctrina entre órdenes jurídicos (en el que las experiencias de las distintas cortes constitucionales tienen influencia unas sobre otras), en claro contraste con otras tendencias de constitucionalización, como la doctrina del control de convencionalidad (difundida regionalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que opera como punto de origen único y definido). (Mera, 2014, p. 305)

De hecho, varios factores contribuyeron a la difusión de dicha doctrina en América Latina. Primero, a fines de la década de 1990, el bloque fue ampliamente citado en la investigación del derecho constitucional comparado, lo cual fue muy importante, por ejemplo, en Argentina, donde algunos tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional desde 1994, pues fue percibido por el Estado que la adopción del bloque resolvería conflictos que surgían con tratados constitucionalizados. En segundo lugar, la visibilidad y reputación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha influido significativamente en el desarrollo constitucional de los países de la Comunidad Andina, ya sea como modelo en el proceso constitucional como ocurrió en Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), y Bolivia (2009), o como referencia en la jurisprudencia local con autoridad contundente. Además de citar la jurisprudencia colombiana en su interpretación de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional de Bolivia ha adoptado varios criterios de constitucionalidad establecidos por la Corte Constitucional Colombiana, incluyendo la interpretación de la cláusula de apertura como base para el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de DDHH, técnicas para construir el bloque a través de precedentes constitucionales y mecanismos para excluir reglas del bloque constitucional (Mera, 2014, pp. 313-315).

Además, con la llegada de la democracia a la región emergieron planteamientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera concurrente a los hechos en nivel internacional. Una tendencia a la implementación del bloque con relación a los tratados de DDHH empezó a ser observada, así como el inicio de una definición del Estado Constitucional

Contemporáneo, sin excluir menciones al principio de la soberanía, de la igualdad de los Estados y de la no intervención (Antoniuzzi, 2014, p. 273). Tal escenario por sí mismo ya incide en otro factor contribuyente a la expansión del bloque, pero también posibilita el efecto réplica de las acciones de activistas de DDHH, redes de juristas, ONG de DDHH y otros, incluso órganos gubernamentales como Defensorías. En particular, “Estos actores, inspirados en las experiencias exitosas de sus pares en otros países de la región, comenzaron a invocar la doctrina del bloque en acciones constitucionales en sus respectivos países con el fin de forzar a sus cortes a sentar su postura sobre el tema” (Mera, 2014, p. 319).

Un último factor de expansión de la doctrina del bloque tiene que ver con el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como catalizador de transformaciones en el derecho constitucional de países como Brasil, Chile y México, cuyas cortes habían sido tradicionalmente las más reticentes a la adopción de la doctrina del bloque. En conjunción con la progresiva conformación de un sistema difuso de control de convencionalidad, diversas sentencias condenatorias de la Corte han generado intensos debates judiciales y académicos en estos países, que han llevado a reconsiderar políticamente algunos de los enfoques más restrictivos frente al derecho internacional, incluso al punto de introducir reformas constitucionales significativas con efectos sustanciales en la jerarquía reconocida internamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos. (Mera, 2014, p. 321)

De esta manera, la Corte IDH, y su interacción con los países de la región, es un punto clave en la comprensión de las potencialidades del Sistema como un todo. Y la propia difusión de la doctrina del bloque de constitucionalidad sirve como ejemplo de eso, una vez que muchas cortes constitucionales nacionales han interactuado fuertemente con la Interamericana en la estabilización del bloque de sus países.

Más aún, la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad supone que varios tratados internacionales de derechos humanos han adquirido rango constitucional en distintos países, lo cual en la práctica ha generado una convergencia normativa en el derecho constitucional de varios Estados latinoamericanos (si bien esto no supone automáticamente una convergencia en la interpretación de esas normas). De allí se puede concluir que, pese a la heterogeneidad respecto de las normas que efectivamente se integran al bloque de constitucionalidad, la expansión intra-regional de la doctrina del bloque ofrece un potencial muy significativo para la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos y, en consecuencia, para la construcción colectiva de un *ius constitutionale commune* en América Latina. (Mera, 2014, p. 323)

Como el bloque de constitucionalidad latinoamericano es distinto en cada país, existen innumerables obstáculos políticos en él. Incluso existe la posibilidad de que las Cortes Constitucionales nacionales hagan interpretaciones distintas de la Corte IDH a tratados internacionales de Derechos Humanos. En este sentido, el Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos surgió como una potente potencialidad que vincula a los estados con las interpretaciones de la Corte.

2. Control de convencionalidad latinoamericano

El control convencional es un principio que surgió en una decisión del Tribunal Constitucional francés en 1975, cuando la institución se consideró incapaz de juzgar el conflicto entre el derecho interno francés y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este control puede entenderse como una revisión de la compatibilidad de las normas internas con los tratados de DDHH celebrados por el Estado y sería como un parámetro más de vigencia de dichas normas. El mismo debería ser realizado en forma conjunta por jueces internacionales y nacionales para asegurar la coordinación del orden regional e internacional (Camilo, 2016, p. 641).

En esencia, el control de convencionalidad europeo es el resultado directo de la obligación de todos los países de tomar las medidas necesarias para permitir la plena implementación de los tratados internacionales que han firmado. En este sentido, el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados partes se comprometen no sólo a respetar los derechos establecidos en el documento, sino también a asegurar su pleno y libre ejercicio. Esta obligación de garantía es la razón por la cual todas las instituciones nacionales deben estar al servicio de los derechos humanos, porque estos derechos son la base de la legitimidad de la labor del Estado (Carbonell, 2013, p. 69).

En otras palabras, si las Cortes Constitucionales de cada país controlan la constitucionalidad, las Cortes Internacionales de Derechos Humanos dictaminan sobre la convencionalidad. A través de la revisión judicial, las instituciones internas buscan conciliar las actividades de las autoridades públicas y, en última instancia, las actividades de otros actores sociales con el orden que debe seguir el estado de derecho en una sociedad democrática. Y, a través del control interamericano convencional, la Corte IDH busca hacer valer su jurisdicción, aceptada por todos los Estados signatarios de la CADH (García Ramírez, 2007). Esto puede observarse en el Caso Las Palmeras *Vs.* Colombia (2000):

cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párr. 32)

Sin embargo, es necesario dar un paso atrás para entenderlo completamente en el nivel americano. El Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos está integrado por dos entidades, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera tiene su sede en Washington, D.C. y la segunda en San José, Costa Rica. Es importante señalar que la Comisión Interamericana es un órgano principal y autónomo de la OEA. Su mandato surgió con la Carta de la Organización y la

CADH. Según el Artículo 41 de dicha Convención, la Comisión tiene como función principal promover la defensa y observancia de los derechos humanos en las Américas (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Sin embargo, cabe señalar que la versión actual de la Comisión termina jugando un doble rol dentro de la SIPDH, ya que es el órgano encargado de recibir todas las peticiones individuales de violaciones de derechos humanos en el ámbito de competencia de la Corte IDH, de analizarlas y de enviar a la Corte las que correspondan, todo ello en conformidad con el art. 41 de la CADH. También se encarga de la elaboración de informes que describan la situación de los DDHH en los países miembros a fin de cumplir con todas las atribuciones descritas en el mencionado artículo (Miranda y Cunha, 2010, p. 29).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, es una institución judicial autónoma, que no es un órgano de la OEA, sino de la propia Convención. El artículo 33 inciso b establece que la Corte es “competente para conocer de asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en la presente Convención” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). A su vez, el artículo 62 afirma el reconocimiento obligatorio de su competencia en todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación del documento y también de todos los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con la OEA, como lo establece el Art. 64 de la CADH (Ramos, 2001, p. 85).

En consecuencia, todos los Estados Signatarios tienen la tarea de admitir expresamente la jurisdicción de la Corte IDH, hecho que refuerza el control de convencionalidad interamericano directamente por el consentimiento expreso de los Estados signatarios de la Convención Americana y el respeto debido al documento. Por su parte, la competencia de la Corte se divide en dos funciones especiales: consultiva y contenciosa, la primera compuesta precisamente de las consultas que realicen los Estados sobre materias relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel interamericano y la segunda la judicialización derivada de las peticiones examinadas por la Comisión (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

De esta manera, el control de convencionalidad comenzó a ser discutido a nivel interamericano a través de litigios que realizaban adaptaciones de derecho interno en relación con la Convención. Por ejemplo, el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003) fue el responsable de inaugurar el uso del término “Control de Convencionalidad” por parte de la Corte IDH en el párrafo 27 del voto del juez mexicano Sergio García Ramírez (García Ramírez, 2017, p. 26). Sin embargo, fue en 2006 que el Tribunal emitió como una obligación a los jueces internos la aplicación de las leyes nacionales en conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica, en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, que se ha convertido en un hito en la jurisdicción del colegiado:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales nacionales están sujetos al estado de derecho y, por tanto, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están

sujetos a él, lo que los obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean disminuidos por la aplicación de disposiciones contrarias. leyes a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una suerte de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables en casos específicos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tomar en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo haga la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana. (Corte IDH, 2006)

Del caso en estudio surge que el control de convencionalidad implementado por la CIDH se extendió de una forma difusa bajo el argumento de que los propios magistrados locales deben respetar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones de la Corte acerca del instrumento (Camilo, 2017, p. 27). En este sentido, también pueden esgrimirse razones derivadas del derecho internacional invocadas por la Corte Interamericana para establecer su entendimiento y jurisprudencia sobre el control de convencionalidad. En los términos del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe y no pueden ser infringidas con justificaciones derivadas del derecho interno, lo que constituye una base más para el sustento jurídico del mecanismo (Sagüés, 2010, p. 120).

Sin embargo, se puede decir que la Corte IDH ya ejercía el control de convencionalidad interamericano incluso antes de que el instrumento fuera nombrado por ella. Este hecho se ejemplifica en el caso de Olmedo Bustos et al. *Vs.* Chile (2001), conocido como “La Última Tentación de Cristo”, ya que la Corte determinó que Chile debe reformar su Constitución por sus violaciones al Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento, los cuales están protegidos por el art. 13 de la Convención (Camilo, 2017, p. 27). Tal caso puede ser considerado un ejemplo de control de convencionalidad, ya que la Corte utiliza la Convención como parámetro de validez de la norma interna chilena.

La Corte defendió nuevamente el Control Convencional en 2006, en la sentencia del caso Aguado Alfaro y otros *Vs.* Perú, conocido como Trabajadores cesados del Congreso:

Cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sujetos a ella, lo que les obliga a velar para que el efecto útil de la Convención no se vea disminuido o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones. objeto y finalidad. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” de oficio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el ámbito de sus respectivas competencias y de las respectivas normas procesales. Esta función no debe limitarse exclusivamente a las manifestaciones o actos de los querellantes en cada caso concreto, aunque no implica que dicho control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (Corte IDH, 2006)

Así, el control de convencionalidad difuso –aplicado por todos los jueces nacionales de los Estados Miembros– nació de una construcción jurisprudencial de la Corte IDH, fruto de una mutación interpretativa del art. 69 de la CADH,

cuyo objetivo fue fortalecer el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Tres aspectos están relacionados con su fundamento jurídico: la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; no menoscabar el principio del efecto útil de los tratados por las normas internas; y el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que afirma la imposibilidad de alegar el derecho interno para impedir el cumplimiento de estándares internacionales (Camilo, 2017, p. 29).

Por lo tanto, los jueces de los países signatarios de la Convención Americana no solo son ejecutores de las leyes nacionales, sino que también tienen la obligación de realizar “interpretaciones convencionales” de acuerdo con las decisiones emitidas por la Corte IDH, para verificar que las leyes aplicadas a casos específicos sean compatibles con la CADH. De lo contrario, su sentencia violaría el artículo 1.1 de la Convención, produciéndose así una violación internacional, pues la propia aplicación de leyes no convencionales produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado (Ferrer, 2012, pp. 371-372).

Otro hecho interesante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre control de convencionalidad se advierte en la sentencia del caso “Heliodoro Portugal *Vs.* Panamá”, emitido el 12 de agosto de 2008. Allí, la Corte enfatizó que los derechos humanos deben ser defendidos y respetados de conformidad con los compromisos internacionales en materia de magistrados a través del control convencional, según los cuales todo juez debe velar por el efecto útil del sistema jurídico internacional patrimonial, para que no sea disminuida o anulada por la incidencia de leyes internas contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos (Corte IDH, 2008). Por consiguiente:

La jurisprudencia del SIDH ha tenido un considerable impacto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del SIDH. Así la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. (Abramovich, 2009, p. 12)

En suma, el Control de Convencionalidad en el SIDH transforma a los jueces nacionales en magistrados interamericanos, en tanto se convierten en verdaderos guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los demás tratados de jurisprudencia de la Corte IDH (Mac Gregor, 2011, p. 594). Y lo que es más importante: deben respetar la jurisprudencia del Tribunal Interamericano acerca de ellos. Tal concepto, por tanto, es de suma importancia en el Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, lo que constituye un deber de los tribunales que no puede ser sustraído bajo ningún pretexto (Mazzuoli, 2011, p. 137).

En consecuencia, la premisa del control de convencionalidad es un tipo de pensamiento que rige la conducta del Estado parte en un tratado internacional, es decir, reglas y decisiones de esta naturaleza son vinculantes para la nación en su conjunto. Es esta función la que implica compromisos y obligaciones internacionales, no sólo de determinadas instituciones o agentes, ya que ningún departamento del país puede sustraerse al ejercicio de estas funciones. Por lo tanto, los tribunales nacionales deben revisar su implementación y ajustar sus sentencias en función de estos deberes (Carbonell, 2013, p. 69).

El desafío del Sistema Interamericano frente a eso es justamente propiciar mejoras en las condiciones estructurales bajo las cuales la efectividad de los derechos a nivel nacional sea garantizada. Este enfoque presupone el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de los derechos por parte del propio Estado. Así, reconoce los límites claros de la supervisión internacional, al tiempo que protege la necesaria autonomía de los procesos políticos nacionales para una mejor realización y efectividad de los DDHH (Abramovich, 2009, p. 10).

En suma, el control de convencionalidad debe plantearse como cuestión previa en los casos concretos en que se perciba la incidencia de leyes contrarias a los tratados internacionales, especialmente en casos similares a los ya sentenciados por el tribunal interamericano, por lo que constituye un instrumento esencial para el pleno funcionamiento del Poder Judicial Brasileño (PJ) ya que todo acto judicial es capaz de realizarlo. En definitiva, su subutilización no sólo constituye una violación de los Derechos Humanos, sino de la jurisdicción de la Corte IDH. Al tener esto en cuenta, ahora observaremos el contexto brasileño.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1988

En primer lugar, cabe señalar que todo el papel de liderazgo de los Derechos Humanos y Fundamentales logrado en la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) de 1988 fue el resultado directo del proceso de redemocratización del país luego del período dictatorial (1964-1985) (Resende, 2022). En este proceso transicional, muchos hechos históricos podrían ser analizados, sin embargo, nos enfocaremos en puntos específicos que posibilitaron la parte más humanista de la Carta Magna brasileña.

Algunas de las principales determinaciones de la CRFB/88 fueron justamente la amplia garantía de Derechos Fundamentales listados en sus primeros artículos, la estabilización del sistema presidencialista con elecciones directas, la ampliación de los derechos de los trabajadores, el derecho al voto para personas analfabetas y jóvenes entre 16 y 18 años y cambios substanciales en el Poder Judicial que garantizaron su independencia de los demás poderes de la República.

Concretamente, estos logros fueron posibles porque la Emenda Constitucional (EC) 26/85 convocó a los miembros del Senado y de la Cámara de los Diputados para la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1987, lo que configuró un Congreso Constituyente. Esto posibilitó que la Constitución tuviese un texto muy avanzado y moderno para su período histórico, debido a la amplia participación involucrada en el poder constituyente originario y el mayor compromiso a no repetir períodos dictatoriales (Silva, 2016).

En general, la Constitución brasileña es muy democrática y liberal, en el sentido que garantiza los derechos de los ciudadanos y la plena efectividad de la ciudadanía. Y precisamente por eso, además de contar con amplia participación popular en su elaboración, fue titulada “Constitución Ciudadana”, por el entonces diputado y presidente de la Asamblea Constituyente Ulysses Guimarães, y es el fundamento para la consolidación del Estado de derecho democrático en el país, así como la propia noción de ciudadanía, aún tan frágil para la población brasileña (Silva, 2016; Resende, 2022).

Por ejemplo, el Artículo 4 de la CRFB establece las bases de las relaciones internacionales del país, siendo uno de sus puntos la prevalencia de los DDHH, un

hecho que reafirma la dignidad de la persona humana garantizada en el Artículo 1, III (Brasil, 1988). De igual forma es relevante la importancia adquirida por los Derechos Humanos después de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de su garantía tanto nacional como internacionalmente (Portela, 2017, pp. 1025-1026).

Por lo tanto, el principio de la primacía de los DDHH en las relaciones internacionales presente en el artículo 4, II de la CRFB tiene consecuencias en la esfera nacional y extranjera. Es obligatorio, por ejemplo, que la política exterior brasileña dé prioridad a la promoción de la dignidad de la persona humana en el mundo, y que el país se comprometa con la aplicación de las normas de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos, así como en su preparación. Este hecho se desarrolla también en la obligación de la participación del Estado en las negociaciones de los tratados de derechos humanos, convirtiéndose en parte de ellos, para buscar siempre la defensa de los DDHH en casos concretos (Portela, 2017, p. 1025).

Dicho esto, es natural que desde una postura en defensa de los derechos humanos a nivel internacional llegue la garantía interna de ese conjunto de derechos, incluso por la creciente notoriedad tomada por el Derecho internacional recientemente. Esto último debido a la publicidad de los debates celebrados en las NNUU por la expansión de la presencia e influencia de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras organizaciones de la sociedad civil en foros internacionales. Pero también, y principalmente, por el progreso de la educación y la sensibilización en Derechos Humanos en varios países. Además, tal entendimiento es el punto de partida para tratar de superar las contradicciones del mundo en el que vivimos (Trindade, 2006, p. 430).

La prevalencia de los derechos humanos en las relaciones internacionales brasileñas, por consiguiente, implica que los tratados internacionales de DDHH que el país aparece como signatario sean debidamente cumplidos e incorporados al sistema jurídico interno. El Estado brasileño también debe aplicar las normas universales relativas a la dignidad de la persona humana (Portela, 2017, p. 1026). Además, otros principios relacionados con los derechos humanos están consagrados en los demás elementos del Artículo 4 de la Constitución, como la defensa de la paz, la cooperación entre los pueblos, el repudio del terrorismo y el racismo, la solución pacífica de conflictos y otros (Brasil, 1988).

No obstante, las políticas adoptadas –o la ausencia de políticas– son las capaces de representar el impacto real de dichos principios. Por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) del país no tenía una división de Derechos Humanos hasta el año 1995, a raíz de la creación de los sistemas especiales de las NNUU y de la OEA. Tal división recibe las comunicaciones de asuntos de DDHH de organizaciones internacionales y es la responsable por representar el Estado formalmente en tales agendas. Recién en el año 2003 la entonces Secretaria de DDHH alcanzó estatus de Ministerio y pudo vincularse directamente a la presidencia de la República, pasando a también formar parte de la delegación responsable de las manifestaciones del Estado brasileño ante la CIDH y la Corte IDH. A su vez, la Abogacía General de la Unión también empezó a desempeñar un papel en la representación brasileña, siendo responsable de responder

a los argumentos relacionados con la admisibilidad de los casos, en particular, las cuestiones relacionadas con el agotamiento de los recursos internos (Berbardes, 2011, p. 142). En definitiva:

Podemos ver una evolución en el Poder Ejecutivo federal en relación con la respuesta brasileña a las demandas internacionales relacionadas con los derechos humanos. Salimos de una etapa de gran desconocimiento en relación a la SIPDH, hacia la creación de un equipo especializado que comience a responder de manera más adecuada a las solicitudes. A partir del año 2000, el Estado ha venido tratando de tomar una postura más proactiva y, en lugar de limitarse a reaccionar ante requerimientos jurídicos y políticos, busca crear las condiciones para la aplicación del artículo 48 (b) de la Convención que determina el archivo del caso cuando dejen de existir los motivos de la demanda. Este movimiento, sin embargo, no es lineal. (Berbardes, 2011, p. 142)

Acerca de dicha “no linealidad”, conviene subrayar que mismo en el contexto político de redemocratización, Brasil reaccionó de maneras contradictorias al activismo jurídico internacional. De hecho, las políticas de derechos humanos aún son ambiguas y contradictorias entre los distintos niveles de acción del país, con diferentes ramas del Estado reconociendo formalmente las normas de DDHH en algunos casos, negando dicho reconocimiento en otros y raras veces haciendo cumplir los estándares internacionales. Así, se configura un país que asume lógicas opuestas de desarrollo debido a presiones nacionales y supranacionales incompatibles, haciendo imposible la identificación de un modelo coherente de acción estatal común a todos los sectores o campos de acción gubernamentales (Maddowell, 2007, p. 50).

No obstante, existe un consenso de reconocimiento del papel creciente que el Sistema Interamericano desempeña nacionalmente. Esto incluso fue priorizado por Celso Amorim, ministro del MRE de los dos mandatos presidenciales de Lula Da Silva (2003-2010) y de la Defensa de Dilma Rousseff (2011-2014) (Ventura y Cetra, 2013, p. 7). Él afirmaba:

Los impactos que estos mecanismos de garantía pueden tener en la vida cotidiana de las personas en países que reconocen su competencia son reales. Los principales temas llevados al sistema interamericano tienen relevancia directa en la vida de un gran número de personas, tales como la seguridad pública, las condiciones carcelarias, el racismo, los derechos indígenas y la protección de los defensores de derechos humanos. Se pueden atribuir cambios concretos al sistema interamericano en varios países de la región, incluido Brasil. La política nacional de erradicación del trabajo esclavo, la legislación para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, conocida como Ley Maria da Penha, y el cambio en el modelo de atención a la salud mental son ejemplos emblemáticos de políticas públicas que se inspiran en acuerdos y decisiones generadas en el marco del sistema interamericano. (Amorim, 2009, p. 74)

1. La internalización del derecho internacional de los derechos humanos

La internalización del DIDH, o sea, la aplicación jurídica doméstica de tratados internacionales de derechos humanos, no fue abordada directamente por el poder constituyente originario ni por el Poder Legislativo o Ejecutivo en los años

subsecuentes. Sin embargo, una cláusula de apertura al bloque de constitucionalidad fue elaborada en el texto original de 1988, en el párrafo segundo del Artículo 5º de la Carta Magna, *in verbis*: “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 de Brasil sea parte” (Brasil, 1988).

A continuación, es fructífero ver cómo ese párrafo fue incluido en la Constitución y por qué no hay más menciones al DIDH. En 1987, la Asamblea Nacional Constituyente se dividió en Subcomisiones Temáticas para sus primeros debates, que produjeron un Proyecto de Constitución cada una. En este sentido, para el tema que nos ocupa, es importante señalar que se llevó a cabo una audiencia pública sobre los tratados internacionales y sus efectos y aplicaciones en el Derecho interno, en el ámbito de la Subcomisión de Derechos Políticos y Garantías Individuales (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a).

Ilustres nombres brasileños en el campo del Derecho Internacional fueron invitados a expresar su pensamiento a los constituyentes, entre ellos: Antônio Cançado Trindade, quien pronunció su primer discurso durante la audiencia:

El tema de los Derechos y Garantías Individuales se examina normalmente a la luz del Derecho Público Interno y del Derecho Constitucional Comparado. Tal vez se deba prestar atención al prisma del derecho internacional. Es con gran satisfacción que tomo nota de la inclusión, en el programa de audiencias públicas de este Subcomité, de una sesión dedicada al estudio de los derechos y garantías individuales a nivel internacional. [...] Como resultado del reconocimiento de un núcleo de derechos inderogables, la doctrina, en los últimos años, ha sugerido que ese núcleo de derechos constituye *jus cogens*, en normas imperativas de Derecho Constitucional, respecto de las cuales ningún Estado puede adoptar medida restrictiva. medida. Este núcleo mínimo de derechos sería equivalente a un mínimo internacionalmente aceptable o exigible de Estados Partes. Para no ir demasiado lejos, me gustaría detenerme en dos puntos adicionales: uno de los cuales ya he mencionado *in fassim*. que es la cuestión de compatibilizar los tratados internacionales sobre derechos y garantías individuales con el derecho interno de los Estados. Esta compatibilidad se da de varias formas, una de las cuales es la salvaguardia de los preceptos constitucionales y de las leyes internas. Los tratados humanitarios son unánimes en determinar que los Estados partes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus normas constitucionales y las disposiciones de los tratados de que se trate, las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Es deseable que la armonización de la legislación de derecho interno se produzca antes de la ratificación de estos tratados, pero si esto no es posible, los propios tratados prevén la posibilidad de dicha armonización a posteriori. [...] en esta materia no puede haber incompatibilidad entre los tratados internacionales y el ordenamiento jurídico interno de los Estados. [...] Para concluir, recordando una vez más la compatibilidad entre estos tratados y el derecho interno, sería muy recomendable que la nueva Constitución aclare, entre los principios que rigen la actuación de Brasil a nivel nacional e internacional, la promoción y protección de los derechos humanos, entendidos englobando tanto los consagrados en la propia Constitución, o los derivados del régimen democrático que ella instaura, como los consagrados en los tratados humanitarios de los que Brasil es parte y en las declaraciones internacionales sobre la materia de los que Brasil es parte signatario. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, pp. 94-97)

Igualmente, la propia estabilización de la democracia fue mencionada por el jurista como una de las ventajas de adherirse a los tratados internacionales de DDHH, ya que tales adhesiones representan, según Trindade (1987), verdaderas proyecciones internacionales de la redemocratización del país, hecho que contribuiría a establecer la imagen de Brasil como garantizador de los derechos humanos a nivel mundial. Además, afirmó que los Estados que se democratizaron luego de dictaduras y graves violaciones a los derechos humanos deben madurar para abordar los derechos y garantías fundamentales a nivel internacional, aun cuando se vean afectados por decisiones de organismos internacionales (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, p. 101).

La audiencia pública también tuvo en cuenta la soberanía del Estado frente al respeto debido a los tratados internacionales. Es en esta cuestión de soberanía estatal que el debate sobre el estatus de los tratados internacionales en el derecho brasileño todavía encuentra un obstáculo. En la Asamblea de 1987, la cuestión de la soberanía fue considerada únicamente en términos del cumplimiento de los tratados y no tuvo en cuenta la jerarquía de la internalización. Sin embargo, sigue siendo válido y significativo en tal discusión:

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: [...] Cuando el Estado, en el pleno ejercicio de su soberanía, decide adherirse a estos tratados, está aceptando, por voluntad libre y soberana, una lista de garantías adicionales para la protección de los derechos individuales en el ámbito internacional. [...] La cuestión de la soberanía surge cuando un Estado toma la decisión política de adherirse a estos tratados. Hecho esto, la cuestión de la soberanía no puede ser invocada como elemento de interpretación de los tratados. La soberanía no tiene ningún papel que desempeñar en la interpretación de los tratados, sobre todo porque esto puede llevar a la necesidad de invocar la responsabilidad internacional del Estado. En mi opinión, no existen argumentos verdaderamente jurídicos que puedan justificar la no adhesión de los Estados a los tratados humanitarios. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, pp. 95-96)

Otro Subcomité Temático es particularmente importante para el presente análisis: el de Nacionalidad, Soberanía y Relaciones Internacionales. El proyecto provisorio hecho por el subcomité tenía en cuenta la internalización del Derecho Internacional en su Art. 22, que afirmaba: “El derecho internacional es parte del derecho interno. El tratado deroga la ley y no es derogado por ella” (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 121). Naturalmente, el tema también estuvo presente en audiencias públicas. Y el 28 de abril de 1987 tuvo lugar la segunda sobre las normas de las Relaciones Internacionales en el texto constitucional, a la que los profesores Celso de Albuquerque Mello y Vicente Marotta Rangel estuvieron presentes.

Cabe señalar que el entonces Art. 22 no mencionaba específicamente los tratados internacionales de derechos humanos, ni tampoco introducía explícitamente la jerarquía del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. De modo que este asunto entró en la agenda de la audiencia pública cuando se discutió qué hacer en caso de un posible conflicto entre el Derecho Internacional y el Interno.

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: Observó también que, en cuanto al conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, existe una gran curiosidad. Desde la Constitución de los Estados Unidos, prácticamente todas las constituciones contienen una disposición que establece cómo se regula el conflicto entre ley y tratado. Sin embargo, ninguna de las Constituciones brasileñas abordó este tema. En este punto estaban completamente en silencio. La jurisprudencia del insigne Supremo Tribunal Federal, en tiempos de Filadelfo de Azevedo. Ministro de esa Corte –luego Juez de la Corte Internacional de Justicia–, propuso la primacía del tratado. Y hay sentencias de la Corte Suprema que entienden que el tratado deroga la ley, pero la ley no deroga el tratado. La misma orientación se encuentra en la actual Constitución francesa. Mi propuesta en este punto es la siguiente: el derecho interno es parte del derecho internacional, un principio de la Constitución de los Estados Unidos. Y luego una adición: el tratado deroga la ley, pero no es derogado por ella. ¿Por qué? Respuesta: en el tratado Brasil da su consentimiento expreso. En consecuencia, creo que se le puede dar mayor primacía. En cuanto a la costumbre internacional, o en el futuro problema de las resoluciones de los organismos internacionales, me parece que sería más válido dejar que la jurisprudencia se ocupe del asunto. Propongo que el derecho internacional sea parte del derecho interno. Será una fórmula conciliadora entre los sistemas estadounidense y francés. (Assembleia Nacional Constituinte, 1987b, p. 21)

La agenda de esta Subcomisión también incluyó un debate sobre la soberanía de los Estados en las relaciones internacionales. El profesor Vicente Marotta Rangel afirmó que para él no existe conflicto entre el concepto de soberanía y el sentido del bien común internacional. Lo que existe es una interdependencia, ya que el bien común es la condición misma para que el Estado se manifieste como soberano, pues si no fuera por ello, el concepto mismo de soberanía sería menoscabado o violado, estando toda la comunidad internacional a merced de los países más fuertes (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 24).

Agotadas estas Subcomisiones, el proceso del debate constituyente pasó a su segunda etapa, las Comisiones Temáticas. La Comisión que formó parte de los Subcomités antes mencionados fue la de Soberanía y Derechos y Garantías de Hombres y Mujeres. Así, el análisis de los puntos discutidos sobre Derecho Internacional y DIDH estaba a su cargo. Sin embargo, al concentrar aún más temas, el debate sobre la internalización de los tratados internacionales de DDHH en la Comisión tuvo aún menos espacio que en las Subcomisiones. De modo que no hubo audiencias públicas sobre el tema, y la agenda se fijó acerca del tópico sólo cuando se estaban votando los artículos comentados de los Proyectos de los Subcomités (Ertel, 2022).

El tema volvió a emerger solamente en la fase final de la ANC, en la llamada Comisión de Sistematización, donde apareció en dos situaciones. La primera se refiere a la competencia del Congreso Nacional como último responsable de los actos, tratados y convenciones internacionales celebrados por el Presidente, donde existía una preocupación por la extensión del control del CN sobre los actos presidenciales. La segunda fue la aparición de la cuestión de los tratados internacionales como argumento para la necesidad de garantizar una serie de derechos en la Constitución. En otras palabras, los constituyentes utilizaron los tratados internacionales de DDHH como base para sus discursos, abogando por la inclusión del derecho a la vivienda, la protección de los niños y jóvenes, derechos laborales

y los derechos de los consumidores, por ejemplo, ya que estos son compromisos internacionales que el país había asumido (Ertel, 2022).

La razón por la que los constituyentes optaron por eliminar el artículo de la Constitución que establecía que el derecho internacional formaría parte de la legislación nacional no se identificó claramente en las siguientes etapas del proceso de redacción de la Carta Magna. Esta cláusula se redactó inicialmente para establecer que el derecho internacional tendría más peso que el derecho interno y, a medida que avanzaba la redacción, finalmente se condensó y se eliminó del texto final de la CRFB. La cláusula de apertura se ha mantenido desde el Proyecto de Subcomité de Derechos Políticos y Garantías Individuales, y se puede ver en varias posiciones de varios de los proyectos de Constitución antes de aparecer finalmente como el actual segundo párrafo del artículo quinto, bajo el título de derechos y garantías fundamentales (Ertel, 2022).

De hecho, existió la opción de incluir el DIDH en la lista de derechos y garantías fundamentales por parte del poder constituyente originario, aunque no expresamente, sino a través de una cláusula de apertura. De hecho, dicha apertura sería suficiente en la doctrina latinoamericana del bloque de constitucionalidad para legitimación de la jerarquía constitucional de tratados internacionales de Derechos Humanos. A pesar de eso, el tema siguió representando un gran *impasse* en el Brasil. En 2004, el Poder Legislativo aprobó una EC que incluyó un nuevo párrafo al Artículo quinto de la CRFB, que buscaba sanar las cuestiones jerárquicas de aplicación formal del DIDH en el país.

2. Los cambios de 2004: el proceso brasileño de ratificación de tratados internacionales

La Enmienda Constitucional n° 45 (EC 45/04) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31/12/2004 y trajo consigo numerosas novedades relevantes para el Poder Judicial (PJ) y el Ministerio Público brasileños, además de otros temas. Sin embargo, la EC se hizo ampliamente conocida como la “Enmienda de la Reforma Judicial” y su advenimiento fue muy bien recibido debido a las amplias perspectivas de reducción de las demoras procesales en el país. Entre tales cambios, destacó la adición del §3° del Art. 5°: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos vueltas, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” (Brasil, 2004). Además:

Si hasta la Edición de la Enmienda Constitucional 45 de 2004, la internalización del derecho internacional de los derechos humanos se dio en la forma del §2° del artículo 5° de la Constitución de 1988, es porque en el momento histórico de la Asamblea Constituyente esta propuesta resultó ganadora en el campo político, entre las opciones disponibles. De la lectura de los anales de la ANC de 1987, surge que la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos a través de la cláusula de materialidad abierta fue considerada un avance para la protección de los derechos humanos y también para la consolidación de la democracia después del período autoritario. (Ertel, 2022)

Por lo tanto, es importante comprender cómo y por qué se cambió esta lógica con el advenimiento de la EC 45/04. En primer lugar, el marco inicial de dicha reforma fue la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) 96/1992 en la Cámara de los Diputados, donde no figuraba la adición del §3º del Art. 5º de la CRFB. Ninguna de las 45 reformas a la PEC 45/1992 propuestas en su fase de análisis trataban la internalización de tratados internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, el tema de los DDHH solamente fue mencionado con relación al cambio de competencia judicial para procesar y juzgar crímenes contra los derechos humanos para la justicia federal (Cámara de los Diputados, 1992).

En particular, esta cuestión solo fue planteada en el marco de una audiencia pública en 1999, por el entonces Ministro-Presidente del STF, Celso de Mello. En su discurso, sugirió la necesidad de que el CN reconociera una jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos firmados por el país, para terminar con la discusión y controversia existente sobre la extensión de la aplicabilidad del §2º del Art.5º de la Constitución. Hasta entonces, la atribución de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos no había sido tomada en cuenta en la manifestación de ninguno de los invitados en las audiencias públicas realizadas por la Comisión Especial (CE) responsable por la PEC 96/1992, ni en las reuniones internas, por lo que la manifestación del Ministro Celso de Mello fue la primera mención al tema (STJ, 1999b, p. 456).

Posteriormente, en la 29ª Reunión Ordinaria de la Comisión Especial a fines de 1999, se notaron las primeras manifestaciones de los demás miembros de la CE sobre la equivalencia de una reforma constitucional a los tratados internacionales de DDHH. La manifestación del entonces diputado Vicente Arruda fue contra la inclusión. En su opinión:

transformar los tratados y convenciones internacionales en reformas a la Constitución. ¿Por qué? La Ley de Introducción al Código Civil ya prevé que los tratados internacionales ya forman parte del derecho positivo brasileño e incluso tienen un poder superior al derecho común. Su cumplimiento es obligatorio. ¿Y por qué vamos a transformar los tratados internacionales si la Constitución creó un sistema de enmiendas? Estaremos creando en el Art. 5º una nueva forma de reforma de la Constitución, también sin dar fuerza alguna a los derechos humanos, porque se trata de una cuestión de aplicación de la ley. Incluso se puede escribir, pero digo que no agrega nada. [...] Es porque se trata de una cuestión de derecho interno; somos nosotros los que debemos cuidar de nuestros derechos humanos. Y los tratados que firmemos se harán cumplir, independientemente de que los incorporemos a la Constitución. ¿O no son ley de la tierra? (Senado Federal, 1999)

La manifestación del diputado Agnelo Queiroz fue favorable, pero muy escueta y sin mayor discusión; solo mencionó que estaba de acuerdo con el tema (Senado Federal, 1999). No hubo más manifestaciones sobre el párrafo 3º del artículo 5º en las siguientes reuniones de la Comisión Especial, y su inclusión en la PEC 96/1992 fue introducida por medio del Sustituto de la CE, de autoría de la Relatora Zulaiê Cobra, presentado después de las audiencias públicas. En su informe final, la Relatora afirmó que la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos celebrados por Brasil fue adicionada de acuerdo con las sugerencias del Presidente del STF, Celso de Mello, para buscar

la eficacia de la disposición judicial (Câmara Dos Deputados, DCD, 14 de diciembre de 1999, p. 846).

En el final del proceso, aún quedaban algunos puntos de discrepancia en ciertos temas, sin embargo, la reforma ya era considerada como algo listo y la atribución de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos fue destacada por el Relator, el Senador José Jorge, como uno de los mayores avances de la propuesta. También fue compartido por el Senador el elogio acerca de la medida hecha por el entonces ministro del Tribunal Superior de Trabajo, Francisco Fausto Paula de Medeiros Medeiros:

Según él, “el informe del Senador José Jorge logra atender las aspiraciones de los diversos segmentos de la sociedad, en cuanto a la estructura del Poder Judicial, además de traer una vieja aspiración de la comunidad internacional, al reconocer tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, condiciones de estatus equivalentes a las enmiendas constitucionales” [...] quisiera ahora destacar algunos puntos que me parecen los más relevantes en la reforma del Poder Judicial. El primero es la elevación de los tratados y convenciones de derechos humanos a la categoría de enmienda constitucional. En adelante, cuando sean aprobadas en dos vueltas, en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, equivaldrán a las enmiendas constitucionales. La medida asegura una mayor efectividad del sistema internacional de protección de los derechos humanos. (Senado Federal, 2004, pp. 21413- 21414)

Asimismo, como la atribución de un *status* constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos no es un tema que atañe inicialmente a la estructura del PJ, cabe señalar que en una reforma judicial en la que no estaba presente en el texto original ningún tema relativo al DIDH, el asunto fue incorporado después de audiencias públicas y logró mantenerse, aunque con cambios, hasta la aprobación del texto final. Además, no hubo largos debates sobre la inclusión del §3º del Art. 5º, solamente algunas dudas sobre cómo se llevaría a cabo en la práctica la atribución de equivalencia a la reforma constitucional fueron suscitadas. Cabe señalar que incluso entre los legisladores no había una definición clara de lo que significaba atribuir la equivalencia de las enmiendas constitucionales a los tratados internacionales de derechos humanos (Ertel, 2022).

Así, al entrar en el procedimiento de internalización de los tratados internacionales al Derecho doméstico, antes de la EC 45/2004, incluso los de derechos humanos se aprobaban sólo mediante Decreto Legislativo y por mayoría simple, conforme a lo dispuesto en el inciso I del Artículo 49 de la CRFB. Este proceso de aprobación suscitó controversias doctrinales y jurisprudenciales acerca de la jerarquía interna aplicable a dichos tratados, si serían constitucionales o supraleales (Mazzuoli, 2011, p. 33). Con la inserción del §3º al artículo 5º de la Constitución, comenzaron a existir dos formas diferentes para la internalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico brasileño. El nuevo procedimiento, que garantiza el estatus de enmienda constitucional bajo la obligación de votos específicos en las cámaras parlamentarias, y el antiguo del §2º, la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad, combinado con el Art. 49, I de la CF/88.

Por lo tanto, cuando es analizado superficialmente, el nuevo dispositivo parece resolver muy bien el problema existente sobre la jerarquía jurídica de los tratados internacionales en Brasil, especialmente por hacer mención directa sobre los DDHH (Andrade, 2006, p. 179). Ocurre que todos los tratados internacionales firmados antes de 2004, incluidos los de derechos humanos, no han pasado por el proceso antes descrito, y por lo tanto no tienen la eficacia de una enmienda constitucional hasta que el procedimiento ocurra. Esta sería la interpretación auténtica de la EC 45/04, elaborada por el propio poder constituyente derivado: que los documentos normativos internacionales sobre DDHH anteriores a ella no tienen rango constitucional y sólo tendrían después de una votación especial en dos vueltas con una mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras Parlamentarias. Por consiguiente, la EC analizada expresó así la posición asumida por la visión restrictiva de la Corte Constitucional Brasileña y de los autores que la siguen (Lopes, 2005 en Andrade, 2006, p. 192).

En particular, un estudio realizado por la Asesoría Legislativa de la Cámara de Diputados muestra claramente la perspectiva institucional adoptada: la introducción del §3o en el art. 5º como resolución del *impasse* legal generado por la abstención del §2º en cuanto a la jerarquía de los tratados aprobados. Sin embargo, después de la EC 45/2004, la disputa entre doctrina y jurisprudencia sobre el estatus de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno se mantuvo. En 2008, en la sentencia del Recurso Especial N° 466.343-1/SP, el Supremo Tribunal Federal estableció que los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en los términos del §2o del Art. 5o de la Constitución –o sea, los adheridos al ordenamiento jurídico brasileño antes de 2004 que no hayan sido sometidos al rito introducido por el §3o– tienen estatuto supralegal, en otras palabras, son inferiores a la Constitución y superiores sólo a las leyes ordinarias. En suma:

El STF tradicionalmente apoyó la posición establecida en 1977 en la sentencia del RE 80.004/SE de que los tratados internacionales, incluidos los que tratan de los derechos humanos, gozaban del estatus de derecho común en el derecho brasileño. Sin embargo, en la RE 466.343, de 2008, el STF, examinando específicamente la CADH, supera su antigua posición, consagrando el carácter suprajurídico de los tratados de derechos humanos ratificados antes de la EC N° 45 de diciembre de 2004. Los ratificados con posterioridad a la referida modificación podrían asumir el valor equivalentes a las reformas constitucionales, cuando sean aprobadas por el quórum previsto en el §3º del Art. 5 de la CF, añadido al texto constitucional por la EC n° 45. A pesar de la evolución jurisprudencial a favor del derecho internacional de los derechos humanos, se critica que en el RE 466.343 el STF perdió la oportunidad de atribuir valor constitucional a todos los tratados de derechos ratificados por Brasil, tesis que ha sido defendida durante mucho tiempo por la doctrina, con base en el artículo 5º § 2 de la CF. Con ello, se evitarían diferenciaciones de posición jerárquica entre los tratados humanísticos incorporados antes y después de la EC n° 45, así como el Estado brasileño aclararía a la comunidad nacional e internacional el tratamiento que entiende como adecuado para los tratados humanísticos, reforzando su compromiso a la protección de los derechos humanos. (Ceia, 2013, p. 144)

Por otro lado, el avance de la jurisprudencia del STF sobre la jerarquía de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno

fue impulsado precisamente por el debate sobre la compatibilidad de la CADH con la Constitución Federal brasileña. El caso pasó a ser conocido como *prisão do depositário infiel* (HC 91361, 2008). Desde entonces, estos tratados tienen jerarquía constitucional solamente si han sido aprobados en el procedimiento especial previsto en el §3° del Art. 5 de la CRFB, o supralegal en caso negativo. Por todas estas razones, el Estado brasileño duda entre la indiferencia y el intento, muchas veces formal o insatisfactorio, de cumplir con las recomendaciones de la CIDH y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ventura y Cetra, 2013, pp. 7-8).

En este caso, al discutir la legalidad o ilegalidad de la detención de un depositario infiel por enajenación fiduciaria a través del HC 91361 de 2008, el Supremo reconoció la supralegalidad de los tratados internacionales de Derechos Humanos, a fin de adecuar el derecho interno a la CADH, ya que el ordenamiento nacional preveía la posibilidad de prisión para el depositario infiel en los artículos 5, LXVII de la Constitución, 652 del Código Civil y en el Decreto-Ley N° 911/1969, en cuanto el art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la prisión civil por deudas.

En la votación, los ministros dijeron que el propósito de otorgar un estatus supralegal a los tratados internacionales de derechos humanos era distinguir estos tratados de los tratados ordinarios y dar prioridad a los DDHH. Sin embargo, en cuanto a la doctrina, para autores como Valério de Oliveira Mazzuoli (2011), pionero en el tema del control convencional en Brasil, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango material constitucional (Ertel, 2022, p. 89) Esto independientemente de la forma en que fueron internalizados en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque sea por mayoría simple de votos en la forma del §2° del Art. 5 o por quórum calificado en dos turnos en la forma del § 3° del citado artículo.

El jurista afirma que si la Constitución establece que los derechos y garantías en ella mencionados no excluyen otros derivados de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil es parte. Autoriza que estos derechos y garantías internacionales, contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por el país, son incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional, y por tanto, consagrados en la Constitución. Esto quiere decir que la Constitución incluye los derechos y garantías fundamentales expresados en los tratados internacionales de DDHH firmados por Brasil en su catálogo de derechos protegidos, ampliando así su bloque de constitucionalidad (Mazzuoli, 2011, p. 29).

Así, para el autor, el §3° del Art. 5° traía la posibilidad de dar formalmente rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en la forma allí prevista. En otras palabras, los tratados internacionales de DDHH adoptados en la forma del artículo 5° §3° tienen rango constitucional formal además de su rango constitucional sustantivo porque son equivalentes a enmiendas constitucionales. Esta posición también es defendida por investigadores como Flávia Piovesan (2010) e Ingo Sarlet (2006; 2015), y como ilustrada por Ertel (2022):

Mazzuoli también critica el §3° del artículo 5° porque permite crear diferentes categorías jurídicas para tratados con la misma intención. Habría así una 'desigualdad de iguales' que violaría el principio de la isonomía. Esto porque no existe una determinación obligatoria de

la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la forma del §3º del artículo 5º, por lo que quedaría a discreción del Congreso Nacional elegir la forma de votación, si se aprueba con la quórum del §2º o §3º del artículo 5º. Ingo Sarlet, quien también señala la falta de determinación sobre el carácter facultativo u obligatorio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en la forma del §3º del artículo 5º, defiende la interpretación teleológica y sistemática del carácter obligatorio de la incorporación en la forma del §3º. (Ertel, 2022, p. 90)

Como resultado, se puede afirmar que la adición del §3º al Artículo 5º introducido en la Carta Magna por la EC 45/04 sólo impide y debilita la validez interna de las normas internacionales sobre derechos y garantías fundamentales. “Esta disposición, por lo tanto, constituye un retroceso innegable en términos de protección y cumplimiento de los derechos humanos en Brasil” (Sgarbossa, 2005). En efecto, solamente tres instrumentos internacionales hasta el presente año han sido elevados al nivel constitucional: la Convención sobre el Derecho de Las Personas Con Discapacidad (2009); el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2018); y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2022) (Planalto, 2022). Tal hecho ilustra muy bien que la problemática incluso se extendió a los tratados firmados después de la promulgación de dicho procedimiento, una vez observada su complejidad.

Sin embargo, para las corrientes que creían que las normas internacionales de derechos humanos ya habían ingresado a nuestro ordenamiento jurídico interno equivalentes a la CRFB, cualquier cambio a la Carta Magna que contradiga tal presencia normativa significaría la abolición de derechos y garantías fundamentales. Esto entraría en conflicto directo con la cláusula presente en el Art. 60, §4º, IV, CRFB (Lopes, 2005). De modo que, al analizar con más atención, sería posible alegar la inconstitucionalidad del §3º del Art. 5º debido a su conflicto con el dispuesto por el Poder constituyente Originario en los §§ 1º y 2º del mismo artículo, así como del § 4º, IV del Art. 60:

Art. 5º. § 1º Son inmediatamente aplicables las reglas que definen los derechos y garantías fundamentales. § 2º Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte [...] Art. 60. La Constitución puede ser enmendada por medio de propuesta: [...] § 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I - La forma federativa de Estado; II - El voto directo, secreto, universal y periódico; III - La separación de Poderes; IV - Los derechos y garantías individuales. (Brasil, 1988)

Concretamente, los §§ 1º e 2º incluyen automáticamente los derechos y garantías presentes en los tratados internacionales al rango constitucional en cuanto el §3º limita tales disposiciones al exigir un proceso legislativo de equiparación. Al tener la expresión “tendiente a abolir” del §4º del Art. 60 en cuenta, la modificación del Art. 5º de la CRFB/88 –donde se encuentran los derechos fundamentales– sería posible solamente para ampliar su alcance o perfeccionar su

texto, lo que está fuertemente prohibido por la intención de obstruir las garantías y derechos allí suscritos. El problema, en este caso, serían las modificaciones que dificulten o limiten el alcance o eficacia de alguna norma prevista en el Art. 5°, ya que no tenderían, necesaria o técnicamente, a abolir algo. Sin embargo:

Se trata de una enmienda encaminada a la abolición de los derechos y garantías fundamentales no sólo la que pretende operar la supresión literal de tales derechos y garantías del texto constitucional, sino también la que pretende obstaculizar su incorporación o ejercicio, incluso mediante juegos de palabras, como en el presente caso. (Sgarbossa, 2005)

Por lo tanto, parece que el §4° del Art. 60 incluye obligatoriamente tales hipótesis, ya que las cláusulas pétreas son inmutables *ad eternum*, y el núcleo de lo que estamos analizando es precisamente proteger los derechos y garantías originalmente otorgadas por la Constitución de 1988 (CF/88). Desde esta perspectiva, para el §3° del Art. 5° no ser declarado inconstitucional, la única salida hermenéutica sería entender que el requisito procesal legislativo que él expresa se exige únicamente para los tratados internacionales que aún no han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y todos los tratados de derechos humanos previamente incorporados al derecho brasileño son aplicables a nivel constitucional (Andrade, 2006, pp. 179-180).

Como se ha mencionado anteriormente, esta no es la posición adoptada por el poder constituyente derivado o por el STF, que parten de una visión más restrictiva. Por lo tanto, dicho proceso para la equiparación de tratados internacionales de derechos humanos a enmiendas constitucionales sería necesario independientemente de cuándo estos documentos fueron firmados por el Estado. En este sentido, Sgarbossa (2005) afirma que la EC 45/04 pretendió modificar el núcleo pétreo de la CRFB, “utilizando un verdadero juego de palabras para abolir derechos y garantías fundamentales al tratar de frustrar la intención del legislador constitucional original de asegurar la inclusión automática de tales derechos en la tabla constitucional” (Sgarbossa, 2005). Tal vicio podría ser reclamado y analizado tanto en el ámbito del control difuso como en el del control concentrado de constitucionalidad.

Por consiguiente, es pertinente observar brevemente cómo es el control de constitucionalidad brasileño. Este tiene varias formas, luego de que el país adoptara el criterio difuso a modo de excepción en la Constitución de 1891, el cual perduró hasta los cambios en la Constitución vigente de 1988. En suma, a la luz de la CRFB/88, el control de constitucionalidad adoptado por Brasil es el jurisdiccional concentrado y difuso (Art. 102, inciso I, línea a, e inciso III, línea b.), es decir, es ejercido por el Poder Judicial y combina la competencia exclusiva del STF con la competencia general de los demás tribunales, ya que pueden plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en cualquier proceso (Silva, 2017, pp. 52-54).

Debemos también aclarar el proceso de ratificación de tratados internacionales en Brasil. En el derecho brasileño, este recurso fue inaugurado en 1989 con la ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), posibilitada por el apoyo de la CF/88. Desde entonces, muchos otros instrumentos internacionales relevantes para la protección de los DDHH

también se han incorporado a la legislación brasileña (Piovesan, 2000, p. 100).

Es importante señalar que, de conformidad con el Art. 5º, §3º de la CRFB, la única distinción para los tratados de Derechos Humanos de otro tipo de tratados dentro del proceso de ratificación brasileño es la posibilidad de su equivalencia a enmiendas constitucionales, una vez aprobados por tres quintos de los votos del Congreso Nacional (CN) en dos vueltas. Por tanto, el actual texto constitucional establece que los actos internacionales necesitan de la colaboración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para ser ratificados. La facultad de celebrar tratados se otorga exclusivamente al Presidente de la República por el Art. 84, VIII de la CF/88. No obstante, la realización de los mismos requiere autorización del CN, dada su competencia, observado el Art. 49, I de la Constitución, de la deliberación definitiva sobre tratados, convenios o actos internacionales que generen responsabilidades intensas al patrimonio nacional (Brasil, 1988). Acerca de eso, sigue vigente un discurso del ministro Celso de Mello en la ANC de 1987:

Brasil firmó convenciones de derechos humanos hace unos veinte años. Ninguno de ellos ha sido enviado aún a la Legislatura para su aprobación. Otro ejemplo: la Convención de Derecho Humanitario de 1977 –en la que participó de manera brillante el profesor Motta Rangel– tampoco fue enviada a la Legislatura. Algunos dirán: pero esto es responsabilidad del Ejecutivo. Realmente es. Pero yo pregunto: ¿No sería válido que las convenciones de derechos humanos –solo derechos humanos, derecho humanitario y convenciones internacionales del trabajo– fueran enviadas obligatoriamente al Poder Legislativo? Y si el Legislativo los aprobara, habría ratificación obligatoria por parte del Ejecutivo. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 20)

Aún existe una dependencia entre tales poderes de la república en la ratificación de un documento internacional, ya que uno no es capaz de realizar tal acto sin el otro. En suma, el análisis de la Constitución Federal vigente permite constatar que la implementación de los tratados internacionales por el derecho interno se deriva de un acto complejo, debido a la necesaria compatibilidad de dos voluntades: la del Congreso Nacional y la del Presidente de la República. Por lo tanto, luego de la firma de un pacto de Derechos Humanos, por ejemplo, este debe ser sometido a ratificación, acto discrecional del Presidente que está sujeto a la aprobación previa del CN, materializada por un Decreto Legislativo. Sólo después de tal consentimiento, el pacto entrará en vigor en el plano jurídico internacional y podría incorporarse al orden interno, mediante Decreto del Presidente de la República y votación en los términos del Art. 5º, § 3º de la CF/88 para alcanzar jerarquía constitucional (Portela, pp. 1027-1028).

La jerarquía de tales documentos en el ordenamiento jurídico es extremadamente importante en sus aplicaciones, ya que, como explica Kelsen (1998), el Derecho tiene una estructura escalonada:

El orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas ordenadas en el mismo plano, situadas unas al lado de las otras, sino una construcción escalonada de diferentes capas o niveles de normas jurídicas. Su unidad es producto de la conexión de dependencia que resulta del hecho de que la validez es una norma, que fue producida según otra norma, se fundamenta en esa otra norma, cuya producción, a su vez, está determinada por otra; y

así sucesivamente, hasta finalmente llegar a la norma fundamental presupuesta. La norma fundamenta –hipotética, en estos términos– es, por lo tanto, el fundamento de validez último que constituye la unidad de esta interconexión creadora. (Kelsen, 1998, p. 155)

Por lo tanto, la norma fundamental se presenta como el origen de todo el sistema jurídico, es decir, la Constitución de un Estado es el umbral de su fundamento jurídico positivo: escrito y material. Tal hecho se revela en el concepto de la Carta Magna como la ley soberana sobre todas las demás, legislación que debe tener sus parámetros respetados para que legitime diplomas legales posteriores. En otras palabras, la Constitución es responsable del establecimiento del hecho de generación del Derecho y, por lo tanto, de toda la estructuración legal del país (KELSEN, 1998, pp. 155-156).

Al paso que los tratados internacionales de Derechos Humanos se vuelven materialmente constitucionales, puestos a disposición del §2º del Art. 5º de la CRFB (1988), o formalmente constitucionales de acuerdo con el §3º del artículo antes mencionado, se entiende en consecuencia que, más allá del control tradicional de constitucionalidad, aún debe existir a partir de tales disposiciones el control de convencionalidad. Este se refiere a la compatibilidad de la producción normativa nacional con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los tratados internacionales de DDHH que el país ha firmado y que también deben ser suscitados en el control de constitucionalidad. Dado que, al tener el estatus de norma fundamental, los acuerdos internacionales de DDHH se convierten en un “paradigma para el control de las normas infra constitucionales en Brasil” (Mazzuoli, 2018, p. 24).

No obstante, la teoría no se acerca mucho a la práctica brasileña. Existen barreras jurídico-legislativas que provocan retrocesos diarios en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el país, siendo la enmienda constitucional uno de los principales. Al mismo tiempo, las barreras interpretativas de la Corte Constitucional –el STF–, que debería ser el principal agente en la defensa de la aplicación de la materia en suelo nacional, han obstaculizado el debido proceso de interiorización del DIDH.

EL PROTAGONISMO DE LA SUPREMA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A priori, se advierte que la principal competencia de la Suprema Corte es la de tutela de la Constitución, pero le corresponde también perseguir y juzgar originariamente diversas acciones, infracciones, litigios y solicitudes especificadas a lo largo del Art. 102 de la CRFB (1988). Así, además de desempeñar el papel de Tribunal Constitucional, el STF también actúa como última instancia judicial –o Tribunal de Apelaciones– en la revisión de los casos que surgen de los tribunales inferiores, dada su competencia para conocer de los recursos ordinarios y extraordinarios, sin mencionar el rol concebido por el foro privilegiado, con el STF también conduciendo procesos penales contra las más altas autoridades gubernamentales (Brasil, 1988). El Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, es un órgano multifacético que constituye el más alto nivel constitucional del Poder Judicial brasileño.

Fue a partir de la Constitución de 1891 que el STF tuvo prevista su institución, habiendo entrado en funciones ese mismo año. Con el tiempo, el número de Ministros del STF ha cambiado por varias razones. En sus orígenes, el STF estaba compuesto por quince jueces, todos designados por el Presidente de la República y también aprobados posteriormente por el Senado Federal. El número de Ministros del STF fue reducido de quince a once en 1931 por el Gobierno Provisional, a través del Decreto 19.656 del 3 de febrero de 1931. Con la Constitución de 1934, el STF cambió su nombre a 'Supremo Tribunal'. La Constitución de 1937, en cambio, retomó la designación del Supremo Tribunal Federal, y tanto en las Constituciones de 1934 y 1937 como en la de 1946 se mantuvo el número de 11 Ministros (MELLO, 2014). El cambio en el número de Ministros que integran el STF que puede considerarse más significativo fue el ocurrido por determinación del Acto Institucional N° 2 el 27 de octubre de 1965, durante la dictadura cívico-militar. Al 2 aumentó el número de Ministros de once a dieciséis, a través de su artículo 6, que modificó el Artículo 98 de la Constitución, que ahora queda así: 'El Supremo Tribunal Federal, con sede en la Capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional y estará integrado por dieciséis Ministros'. Este cambio, en su momento, significó un intento de injerencia del régimen militar en la composición del Supremo Tribunal Federal. Eso porque, en el período que precedió a la edición del Acto Institucional n° 2, el STF juzgaba los casos de forma contraria a los intereses de los militares que ocupaban el poder ejecutivo. Hubo una fuerte presión de los intransigentes para intervenir en el STF [...] el otorgamiento de habeas corpus a favor de los políticos detenidos con base en investigaciones de la policía

militar fue el mayor motivo de fricciones entre el STF y el gobierno militar en el período. (Ertel, 2022, pp. 94-95)

También hubo preocupación por la imparcialidad de los ministros que componían la Corte, ya que, según los militares de la dictadura, fueron nombrados por políticos considerados comunistas y corruptos, especialmente João Goulart y Juscelino Kubitschek. Así, la desconfianza del régimen hacia la institución se tradujo en injerencias directas en su funcionamiento. Se puede mencionar el cambio en el número de ministros, fruto de un debate sobre una posible futura reforma del PJ, que ya se estaba discutiendo cuando el propio STF había establecido una posición en contra del aumento de su composición. Sin embargo, mantener la disposición del Supremo no era viable para la dictadura debido a las decisiones contrarias a sus intereses emitidas por el Tribunal (Valério, 2010, p. 121).

Como resultado, cinco ministros más fueron designados por el régimen basado en AI 2, pero su asignación fue definida internamente por el propio STF, por lo que los nuevos designados no constituyeron una mayoría. Así, los primeros esfuerzos autoritarios para obtener una mayoría de ministros alineados con la dictadura, en el Supremo, no fueron suficientes de inmediato. Sin embargo, la jubilación forzosa de otros tres ministros fue instituida posteriormente por el AI 5, maniobra que también se tradujo en la salida de otros dos ministros que no estaban de acuerdo con tales imposiciones, además de la salida de otro por disconformidad con la censura previa también derivada de AI 5. Como resultado, se instituyó un desfaldo de seis jueces del STF y el AI 6 cambió nuevamente la composición de la Corte a once jueces. Quedaba, pues, una mayoría de ministros designados por la dictadura militar en el Supremo (Ertel, 2022, p. 96).

Así, la dictadura militar brasileña logró un control de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en su favor. Y, durante el proceso de redemocratización del país eso no fue revisado en ningún momento. En otras palabras, la composición de la Corte fue mantenida durante el período transitorio entre la dictadura y la democracia, y esta cuestión tiene relevancia no solo política sino práctica en el análisis de la baja utilización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el STF.

La Constitución Federal de 1988, que fue redactada y promulgada después del período autoritario, enfatizó la competencia principal del STF para defender la CRFB en su Artículo 102, que también enumera las competencias de la Corte. El Supremo Tribunal Federal combina la función del Tribunal Constitucional y la función del tribunal de última instancia con el que se alega la violación de la norma constitucional. El análisis del uso del DIDH por parte del STF incluyó decisiones tomadas por la Corte en el ejercicio de sus dos funciones. Es importante destacar que, en el sistema constitucional brasileño, el control judicial de constitucionalidad es híbrido y puede ser difuso o concentrado. Y es en el control concentrado de constitucionalidad que el STF ejerce su función de tribunal constitucional (Ertel, 2022, p. 98).

Hoy, el Supremo está compuesto por once ministros: Luiz Fux - Presidente; Rosa Weber - Vicepresidenta; Gilmar Mendes - Decano; Ricardo Lewandowski;

Cármen Lúcia; Dias Toffoli; Roberto Barroso; Edson Fachin; Alexandre de Moraes; Nunes Marques; y André Mendonça. Los requisitos para ser nominado al cargo son ser brasileño nato –Art. 12, §3º, IV, CRFB/88–, ser mayor de 35 años y menor de 65 años y poseer un conocimiento jurídico sobresaliente y una reputación impecable –Art. 101, CRFB/88– (Brasil, 1988).

1. Mapeo general de las veces en que Brasil fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es útil observar las circunstancias generales de las condenas de la República Federativa de Brasil por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posición de la Corte Suprema –el STF– en estas ocasiones para comprender su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera práctica. Once procesos contra el país han llegado al Tribunal Interamericano y solo en uno no hubo condena, lo que ha generado diez condenas brasileñas hasta el momento.

En 2006, dos sentencias sobre el país fueron expedidas por la Corte IDH, las de los casos *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil* y *Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil*. *Damião Ximenes Lopes* fue víctima de torturas y malos tratos mientras recibía tratamiento psiquiátrico y murió a consecuencia de los mismos tres días después de su hospitalización, el 4 de octubre de 1999. El Estado brasileño fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulnerar el derecho a la vida e integridad personal del paciente. El tribunal también afirmó que Brasil no cumplió con su derecho a garantizar la protección judicial en relación con la familia de la víctima, por no cumplir con su obligación de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos perpetradas (Plastino, 2021).

“Vale recordar que, en el momento de la condena de Brasil, los tratados y convenciones internacionales eran recibidos con fuerza de ley ordinaria, en virtud del entendimiento adoptado hasta entonces por el STF” (Aquino y Francischetto, 2018, p. 69). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al condenar al Estado brasileño a cumplir con su obligación de garantizar a todos los ciudadanos un servicio judicial efectivo y de instituir políticas públicas en el área de la salud mental, obligó al país a cambiar la manera de cuidar a las personas en sufrimiento psíquico. Así, puede decirse que la sentencia del caso *Damião Lopes* emitida por la Corte IDH inauguró un nuevo momento para el significado e impacto de los derechos humanos en el país (Aquino y Francischetto, 2018, p. 78).

A su vez, *Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil*, se refiere al asesinato del abogado y defensor de los DDHH Gilson Nogueira de Carvalho, ocurrido en octubre de 1996 en Rio Grande do Norte. Como Brasil reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las víctimas se limitó a condenar al Estado brasileño por no investigar y sancionar a los responsables del asesinato. Sin embargo, a pesar de las graves violaciones presentadas en el caso, el Tribunal consideró que los hechos y las pruebas presentadas eran

insuficientes para demostrar que el Estado violó las garantías y la protección judicial. Este es el único caso hasta el momento en el que Brasil no ha sido condenado (Plastino, 2021).

Luego de la sentencia desfavorable dictada por la Corte IDH, los padres de Gilson continuaron buscando justicia, presentando recursos relacionados con el proceso penal ante el Supremo Tribunal de Justicia (STJ) y el STF, pero ninguno prosperó y nadie fue arrestado por el crimen. Podemos ver a continuación una breve recopilación de los recursos procesados por el STF:

Tras el fallo de la Corte Interamericana, continuaron en trámite los recursos de apelación interpuestos por los padres de Gilson Nogueira de Carvalho ante los tribunales superiores. [...] En marzo de 2010, el caso fue remitido al Supremo Tribunal Federal (STF). En julio de 2010, la Procuraduría General de la República (PGR) se manifestó a favor de conceder parcialmente el recurso extraordinario pendiente en el STF, para considerar nula la decisión que determinó la expulsión. En junio de 2011, el ministro del STF, Ayres Britto, negó el recurso extraordinario. En septiembre de ese año se interpuso recurso interlocutorio, que fue denegado por la Segunda Turma del Supremo al mes siguiente. En enero de 2012, los padres de Gilson presentaron mociones de aclaración, que fueron rechazadas por la Segunda Turma en agosto de 2015. En septiembre de 2015, presentaron mociones de desacuerdo, que fueron denegadas en octubre. En el mismo mes interpusieron un nuevo recurso interlocutorio, que fue denegado por el pleno del STF en marzo de 2016. El 22 de marzo de 2016, el caso fue declarado firme e inapelable por la Corte Suprema. (Réu Brasil, 2021a)

Ya en 2009 otros dos casos fueron sentenciados: *Escher y otros Vs. Brasil* y *Garibaldi Vs. Brasil*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Brasil por violar los derechos a la intimidad, el honor y la libertad de asociación en el caso *Escher y otros Vs. Brasil* pues 34 personas vinculadas al Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST) fueron víctimas de interceptaciones telefónicas clandestinas en 1999, que fueron grabadas y escuchadas por la Policía Militar (PM) del Estado de Paraná. Las conversaciones fueron difundidas en vehículos mediáticos y el Poder Judicial se negó a destruir el material interceptado. Por su parte, el caso *Garibaldi*, también estuvo vinculado al MST, pero se refiere al asesinato del afiliado Sétimo Garibaldi, ocurrido el 27 de noviembre de 1998 durante un operativo de desalojo de familias de trabajadores sin tierra. La Corte IDH consideró que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales ya la protección judicial en relación a los familiares de Garibaldi al no investigar y sancionar el delito (Plastino, 2021).

Entre las repercusiones del caso *Escher y otros Vs. Brasil*, se destaca que, de acuerdo con la legislación nacional, sólo la Policía Civil y Federal tienen la prerrogativa de solicitar la ruptura del secreto telefónico. Sin embargo, la Segunda Turma del STF reconoció la legitimidad de la PM para realizar escuchas telefónicas en 2012 a través del HC 96986/MG. El caso *Garibaldi*, por otro lado, fue considerado posteriormente por el STJ, que propuso juzgar si el Código Penal se superpondría a las decisiones de la Corte IDH o si el Poder Judicial brasileño estaría sujeto al cumplimiento de las determinaciones interamericanas, uno de sus ministros hizo fuertes declaraciones sobre el tema:

El magistrado Rogerio Schietti Cruz, del Superior Tribunal de Justicia, defendió la reapertura de la acción penal por el asesinato del trabajador sin tierra Sétimo Garibaldi, ocurrido en 1998 durante el desalojo violento de una hacienda invadida en Paraná. Al presentar su voto sobre el caso el martes (23/2), el ministro lamentó que la Justicia de ese estado no esté comprometida con el cumplimiento efectivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que determinó que la investigación del crimen se llevó a cabo hasta el final. 'No sólo por disposición expresa de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CADH - artículo 68.1), sino también por una regla anterior a la que ya se había sometido voluntariamente (Convención de Viena, 1969), Brasil está obligado por las decisiones de la CIDH, y debe dar a las leyes que forman parte de su ordenamiento jurídico, interpretación conforme a los tratados y convenciones a los que se ha adherido', dice el ministro. (Conjur, 2016)

En el año 2010 el caso icónico Gomes Lund y otros también conocido como *Guerrilha do Araguaia* resultó en otra condenación al Estado brasileño. El caso trata sobre la detención arbitraria, la práctica de la tortura y la desaparición forzada de 70 personas en una operación realizada por el Ejército de Brasil entre 1972 y 1975. El Estado también fue procesado por no investigar, juzgar y sancionar estos hechos debido a la Ley de Amnistía (Ley n. 6.683/79). La Corte IDH reconoció que la Ley de Amnistía brasileña impide la investigación y rendición de cuentas de graves violaciones de DDHH y, por lo tanto, es incompatible con las disposiciones de la CADH. Se consideró que Brasil violó los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, las garantías y protecciones judiciales y la libertad de pensamiento y expresión, en relación con el derecho a la información y el derecho a la verdad (Plastino, 2021).

Esta condena generó una serie de repercusiones, entre las que se destaca la posición del STF en la sentencia de la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 153, presentada en 2008 por la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), solicitando una interpretación conforme a la Actual Constitución de la Ley de Amnistía. El propósito era que el Tribunal declarara que la amnistía otorgada por esta Ley a los delitos políticos o conexos no se extendería a los delitos comunes cometidos por agentes de la represión contra opositores políticos durante la dictadura militar. En abril de 2010, sin embargo, la Corte Suprema declaró infundada la ADPF, considerando constitucional y esencial para el proceso de redemocratización brasileño la interpretación de la ley que aplicaba la amnistía amplia, general y sin restricciones. El relator del caso, ministro Eros Grau, también expresó en su voto que dado que la amnistía se había traducido en un texto de ley, sólo el Poder Legislativo podría revisarla, y que no corresponde al Supremo modificar textos normativos que otorgan amnistías. También afirmó que la referida Ley ya no pertenece al orden constitucional anterior, sino que se incorpora al nuevo, por lo que su adecuación a la CRFB/88 sería incuestionable (Ceia, 2013, pp. 137-138).

La OAB propuso entonces una moción de aclaración contra esta declaración de inadmisibilidad del STF el 13 de agosto de 2010, alegando su omisión por no abordar el tema de la incompatibilidad entre la Ley de Amnistía y las normas internacionales de DDHH, y enfatizando el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y la

consecuente divergencia creada entre la decisión del STF y la jurisprudencia de la Corte. Posteriormente, en marzo de 2011, la Orden presentó una nueva solicitud, aún como recurso de aclaración, solicitando un pronunciamiento expreso del Supremo Tribunal Federal acerca de la efectividad de la sentencia interamericana derivada del Caso Gomes Lund, ya que la Corte Interamericana determinó la incompatibilidad de la Ley de Amnistía brasileña con la CADH y, en consecuencia, su falta de efecto jurídico. Frente a esto, en mayo de 2011 el STF convocó al Congreso Nacional y a la Presidencia de la República a manifestarse en el proceso con fundamento en los principios del contradictorio y de la amplia defensa (Ceia, 2013, pp. 138-139). A continuación, sigue una recolección de dichas declaraciones:

El 6 de julio de 2011, la AGU emitió un dictamen en el que afirmó, en relación con la ejecutoriedad de la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund, que Brasil no estaría obligado a adoptar una convención internacional que no haya ratificado o una convención que ratificó en fecha posterior a la Ley de Amnistía. Además, la CF apoyaría la decisión del STF de mantener la amnistía para todos los delitos cometidos por agentes estatales y opositores al régimen durante la dictadura militar. El 10 de octubre de 2011, la Abogacía del Senado emitió un dictamen, en el cual entendió que no era posible aplicar el delito de desaparición forzada a los delitos cometidos durante la dictadura militar, con base en el principio de legalidad. Y concluyó que la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund debe cumplirse en la medida en que sea compatible con la CF, hecho que impide responsabilizar penalmente a los agentes estatales por el delito de desaparición forzada. El 8 de noviembre de 2011, el Presidente de la Cámara de Diputados, Marco Maia, envió un dictamen en el que afirmó que los tratados de derechos humanos tienen una jerarquía infraconstitucional y, por lo tanto, el STF es prohibido de ejercer el control de convencionalidad, no correspondiendo a la Corte exigir al STF que amplíe los límites de su competencia para ejercer dicho control. [...] Todas estas manifestaciones de los principales órganos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en el ámbito de la ADPF 153, son contrarias al cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund, así como contrarias a las obligaciones internacionales del Estado brasileño ante la CADH. Esta postura refleja el desconocimiento de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos y de su respectiva obligatoriedad por parte de los agentes políticos brasileños. La AGU simplemente ignora la jurisprudencia de la Corte, incluida su decisión en el caso Gomes Lund, al afirmar que Brasil no estaría obligado, en este caso, a la CADH, ya que la ratificó en una fecha posterior a la Ley de Amnistía. (Ceia, 2013, pp. 139-140)

Al mismo tiempo, la postura del Supremo Tribunal Federal se opone totalmente a los avances de varios tribunales superiores de la región, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, la Corte Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, la Suprema Corte de Justicia de Chile y la Corte Constitucional de Colombia. Todos ellos, al decidir sobre el alcance de las leyes internas de amnistía a respecto de graves violaciones de DDHH, concluyeron que dichas leyes violan la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar tales violaciones (Ceia, 2013, pp. 141-142). En concreto:

La Corte Suprema no interpretó la Ley de Amnistía brasileña a la luz de los parámetros protectores internacionales, que consideran los crímenes de lesa humanidad como normas de *ius cogens* y, por lo tanto, los institutos legales de amnistía y prescripción no les son aplicables. [...] Debido a la interpretación de la Ley de Amnistía por parte del STF, el Estado no investigó, procesó ni sancionó penalmente a los responsables de violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, incluidas las del caso Gomes

Lund, comprometiendo así el cumplimiento íntegro de la sentencia de dicho caso. Como una forma de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas del derecho internacional, el STF debería realizar el control de convencionalidad de la Ley de Amnistía, es decir, examinar su compatibilidad con los compromisos internacionales del Estado contenidos en la CADH. (Ceia, 2013, p. 140)

Otro caso de gran proyección fue el de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, sentenciado en 2016. El caso analiza la responsabilidad del país por la práctica de trabajos forzados y servidumbre por deudas en Fazenda Brasil Verde, en Pará. Los trabajadores que lograron escapar de la finca también denunciaron que, además de que les impedían salir del lugar, no recibían salario, alimentación ni condiciones dignas de vivienda y eran objeto de amenazas de muerte. El Estado tomó conocimiento de la existencia de Fazenda Brasil Verde y de sus prácticas en 1989, pero no tomó medidas para sancionar o prevenirlo, por lo que debe iniciar investigaciones sobre los hechos en un plazo razonable, enjuiciando y sancionando a los responsables, en además de indemnizar a los trabajadores encontrados durante las inspecciones (Plastino, 2021).

La Corte Interamericana observó, al sentenciar el referido caso, que la jurisprudencia reciente del Supremo estaba en consonancia con la decisión del colegiado interamericano, y que las sentencias presentadas demostraron que el Tribunal Superior del Trabajo y el propio STF interpretan situaciones análogas a la esclavitud con responsabilidad (Corte IDH, 2016, p. 81). Al votar en el Recurso Especial 459510/MT (2015), que versaba sobre un caso de reducción a condición análoga a la de esclavo, la Ministra Rosa Weber afirmó:

La privación de la libertad de la persona no tiene por qué ser necesariamente coaccionada. El trabajador que sufre una intensa y persistente vulneración de sus derechos fundamentales ha atacado su condición humana, experimentando un típico proceso de objetivación: el hombre tratado como cosa y no como persona humana. La vulneración del derecho al trabajo digno lesiona la capacidad de elección de la víctima según su propia voluntad, lo que, en última instancia, significa también 'reducir a alguien a una condición análoga a la de esclavitud'. Si bien no consta que al trabajador se le haya prohibido abandonar su trabajo, la persistencia en el trabajo en condiciones degradantes o extenuantes se debe a la falta de alternativas. Ser esclavo es no tener dominio sobre uno mismo. Obviamente, no toda violación de los derechos laborales constituye trabajo esclavo. Sin embargo, si la afrenta a los derechos garantizados por la legislación laboral es intensa y persistente, si alcanza niveles flagrantes y si los trabajadores son sometidos a trabajos forzados, jornadas agotadoras o condiciones degradantes, es posible, en teoría, enmarcada en el delito del Art. 149 del Código Penal, dado que los trabajadores eran tratados de manera similar a esclavos, con privación de su libertad y, sobre todo, de su dignidad, aun en ausencia de coacción directa contra la libertad de ir y venir. (STF, 2015, p. 53)

No obstante, el Supremo Tribunal Federal obstaculizó el combate a las condiciones de trabajo análogo a la esclavitud en Brasil al suspender la llamada "Lista Sujia", en virtud de la entonces ADI 5.209, aún en 2014, que vino a estabilizarse mediante la sentencia de la ADPF 509/DF en 2020. La citada lista era un registro de los empleadores descubiertos por mantener a sus empleados en situaciones análogas a la esclavitud, considerada un instrumento internacionalmente reconocido y elogiado en la lucha contra el trabajo forzoso.

El año siguiente, 2017, vino la sentencia del caso Favela Nova Brasília - Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros *Vs.* Brasil. Que se refiere a la ausencia y fracasos de investigaciones sobre ejecuciones sumarias, torturas y actos de violencia sexual perpetrados por la Policía Civil de Río de Janeiro contra la comunidad Favela Nova Brasília en operativos de 1994 y 1995. La Corte IDH consideró que los llamados *autos de resistência* —una de las formas en que la policía suele registrar las muertes de personas que perdieron la vida como resultado de la acción policial— tuvieron un impacto negativo en el curso de las investigaciones, contribuyendo a demoras y falta de diligencia. También entendió que el Estado debía tomar medidas preventivas en contextos donde los riesgos de violencia contra mujeres y niñas son evidentes. Finalmente, consideró vulnerados los derechos a la integridad personal, circulación y residencia, así como las garantías y protecciones judiciales. El tribunal también impuso medidas de reparación y no repetición, como la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones y la extinción de los *autos de resistência* (Plastino, 2021).

Ante tal sentencia y otros innumerables casos, es seguro decir que los operativos policiales en las favelas son una de las principales fuentes de violencia estatal en el país. Y, por decisión dictada por el STF en 2020 al considerar la ADPF 635, dichas operaciones fueron restringidas debido a la pandemia del COVID-19.

El razonamiento de la decisión registra que el ‘Estado brasileño fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Favela Nova Brasília, no solo por violar las reglas mínimas para el uso de la fuerza, sino también por no prever protocolos para el uso de la fuerza, ya sea para acreditar la necesidad del trabajo, ya para supervisar-lo’. El ministro Edson Fachin, relator de la acción, señala que ‘si como afirma la decisión de la Corte Interamericana, los protocolos para el uso de la fuerza ya eran precarios, en una situación de pandemia, con la gente pasando la mayor parte del tiempo en sus casas, se vuelven, si existentes, de utilidad cuestionable.’ (Réu Brasil, 2021b)

Ya en 2018 el país fue condenado dos veces por la Corte IDH, por los casos Pueblo Indígena Xucuru y Sus Miembros *Vs.* Brasil y Herzog y otros *Vs.* Brasil. La sentencia del primero analiza la violación del derecho a la propiedad colectiva y a la integridad personal del pueblo indígena Xucuru, donde el tribunal condenó al Estado brasileño por la demora en reconocer, a través de un proceso administrativo, la demarcación de las tierras y territorios indígenas ancestrales. La decisión también condenó la demora en la realización de procesos para la remoción de ocupantes no indígenas (Plastino, 2021). Recursos especiales y ordinarios fueron interpuestos por la Funai a finales de 2012 en el STJ y el STF, pero las decisiones permanecen pendientes.

Ya el segundo caso del mismo año se refiere a la responsabilidad del Estado brasileño por la investigación de dos hechos ocurridos el 25 de octubre de 1975, cuando el periodista Vladimir Herzog fue arbitrariamente detenido, torturado y asesinado en la sede del órgano represor de las fuerzas militares durante la dictadura en São Paulo. Nuevamente, la Ley de Amnistía fue señalada como uno de los mecanismos que impidió la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que las violaciones perpetradas contra Herzog tenían el carácter de crimen de lesa

humanidad y eran imprescriptibles, y consideró que los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y la integridad psíquica y moral de los familiares de Herzog fueron violados. Entre las medidas de reparación se estableció la obligación del Estado de realizar las investigaciones del caso e identificar a los autores de la muerte, no siendo aplicable la Ley de Amnistía (Plastino, 2021).

La Ley de Amnistía y la interpretación dada por el Supremo aún constituyen una barrera para la rendición de cuentas de los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar brasileña, incluso después de los fallos de la Corte sobre la materia. Hasta aquí los antecedentes del caso *Guerrilha do Araguaia*, de 2010. El STF aún no ha cambiado su posición con respecto a la Ley de Amnistía, a pesar de los esfuerzos de la sociedad civil para interponer recursos y nuevas acciones sobre el tema basadas en las interpretaciones de la Corte IDH.

Corresponde, pues, al STF adecuar la jurisprudencia interna a la jurisprudencia internacional y reconocer: 1) la nulidad de las leyes de autoamnistía y la imposibilidad de reclamar la extinción de la pena en estos casos; 2) reconocer que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su rango constitucional e internacional, exige la investigación plena y la sanción penal de los autores de actos de barbarie que atentan contra los derechos humanos y 3) impedir que Brasil sea condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por incumplimiento de la reiterada jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Ramos, 2009, pp. 272 -273)

La condena más reciente data de 15 de julio de 2020, proveniente del caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. El caso se refiere a la responsabilidad del Estado por la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en la ciudad de Santo Antônio de Jesus (Bahía) en 1998, que resultó en la muerte de 64 personas, 22 de ellos niños. El tribunal consideró que Brasil violó los derechos a la vida y al niño en perjuicio de las personas que murieron en la explosión y también violó el derecho a la integridad de los seis sobrevivientes. El tribunal también encontró que Brasil no cumplió con sus obligaciones de inspeccionar la fábrica, ya que tenía conocimiento de la existencia de irregularidades en el medio ambiente, como el almacenamiento de materiales peligrosos y explosivos. La decisión también consideró vulnerados los principios de igual protección de la ley, la prohibición de la discriminación y el derecho al trabajo, ya que la única opción de ocupación económica de los habitantes del municipio, por su situación de pobreza, era aceptar la alta condiciones de riesgo impuestas por la fábrica (Plastino, 2021).

Considerando el corto tiempo transcurrido desde que el Estado brasileño fue notificado oficialmente de la sentencia de la Corte Interamericana (en octubre/2020), aún no hay avances significativos en el cumplimiento de las determinaciones. La acción civil *ex delicto* contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos y Mário Fróes Prazeres Bastos aún se encuentra en fase de ejecución del acuerdo aprobado en 2019. En el segundo semestre de 2020, hubo una serie de cambios en el proceso judicial, incluyendo una solicitud de información sobre el saldo bancario y la determinación de la transferencia de la cantidad. No hay información de que los juicios derivados de la acción civil contra Brasil, Bahia, la ciudad de Santo Antônio de Jesus y la empresa propiedad de Mário Prazeres Bastos hayan sido realizados después de la decisión de la Corte. Tampoco hay información sobre la ejecución de las sentencias de los juicios laborales. (Réu Brasil, 2021c)

A partir de este breve mapeo, se puede concluir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constituido un parámetro para la evaluación crítica de la provisión jurisdiccional del Estado brasileño al declarar la práctica de graves violaciones de derechos humanos en el país y exigir la aplicación del DIDH, incluso en temas “sensibles” en el plano político. Brasil, por su parte, en sus informes de cumplimiento de sentencias presentados a la Corte IDH, ha buscado demostrar compromiso con las “medidas provisionales” y las sentencias, al menos de manera oficial, el Poder Ejecutivo nunca ha manifestado disconformidad alguna con el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Interamericano. Sin embargo, esto se debe en parte a la innegable naturaleza voluntaria del sometimiento del Estado a la jurisdicción obligatoria de la Corte, aceptada en el pleno ejercicio de la soberanía brasileña (Ventura y Cetra, 2013, p. 31). No obstante, el Poder Judicial, representado en su más alto nivel constitucional por el STF, no cumplió con todas las decisiones de la Corte IDH y está lejos de aplicar el DIDH en su práctica jurisdiccional, como veremos en el siguiente subcapítulo.

2. La (dis)funcionalidad del bloque de constitucionalidad y del control convencional latinoamericanos en Brasil

El presente subcapítulo busca responder la siguiente pregunta: ¿Qué hizo el STF con la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad y con el control de convencionalidad? Una investigación empírica fue realizada a partir de la herramienta de búsqueda de jurisprudencias del propio Supremo Tribunal Federal, dividida en dos palabras clave: bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad. A su vez se dividió en cuatro categorías: La expresión aparece como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos. El concepto fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión.

Al buscar el término “bloque de constitucionalidad” en la jurisprudencia de la Corte Suprema, resultaron un total de 37 (treinta y siete) fallos. La mayoría de estos, 14, no contenían el término en sus textos, pero aparecían en la herramienta de búsqueda por el mismo en el sitio web. La segunda porción más grande de los resultados, 11, contenían explicaciones del concepto por parte de uno o más ministros a lo largo de la decisión, pero sin haber sido utilizado para fundamentarla. Otros nueve solo citaron el bloque de constitucionalidad sin demostrar lo que sería lo mismo y solo tres se basan efectivamente en el concepto de bloque de constitucionalidad latinoamericano para construir el entendimiento. De estos, llama la atención que los tres son Habeas Corpus (HC) y tienen como relator el mismo Ministro: Celso de Mello, como se muestra en la Tabla 1.

Como vemos en la Tabla 1, dos de las nueve veces que el bloque de constitucionalidad fue solamente mencionado fueron consideradas solamente por el título de una doctrina comentada en el fallo, sin que el concepto de bloque fuese siquiera levantado de hecho. Esta consideración es muy importante una vez que estamos tratando con números tan bajos en todas las categorías de investigación, como se ha demostrado previamente.

Tabla 1. Tratamiento del término “bloque de constitucionalidad” en el Supremo Tribunal Federal

Modos de utilización de “bloque de constitucionalidad” en la jurisprudencia del ST	Fallo- Año
La expresión “bloque de constitucionalidad” aparece como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos.	<ol style="list-style-type: none"> 1. RE 413782 /SC -2005 2. ADPF 130 /DF -2009 3. ADPF 101 /DF -2009 4. AP 470 / MG - 2012 5. ADI 4227 /DF -2015 6. ADPF 378 MC /DF - 2015 7. ADI 5163 /GO - 2015 8. ADI 4333 / DF -2015 9. ADI 5071 AgR /RJ - 2017 10. HC 143968 AgR /RJ -2018 11. ARE 1225968 AgR /SP -2019 12. ADI 4414 ED /AL - 2019 13. Rcl 42358 AgR /RJ - 2020 14. ADI 5418 / DF -2021
La expresión “bloque de constitucionalidad” fue mencionado por uno o más ministros del STF, sin que el concepto fuese desarrollado.	<ol style="list-style-type: none"> 1. PET 3388 / RR -2009 2. HC 124682 /SP -2014 3. AO 2236 ED / GO -2017 4. ADI 2964 / RS -2019 5. ADI 6327 MC -Ref /DF - 2020 6. ADI 2096 /DF - 2020a 7. RE 608898 /DF -2020a 8. ADI 5542 /DF - 2020 9. ADI 2238 / DF -2020
El “bloque de constitucionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros, pero no fue el fundamento de la decisión.	<ol style="list-style-type: none"> 1. ADC 12 MC/DF - 2006 2. HC 87585 /TO -2008 3. ADI 3510 /DF -2008 4. ADC 12/ DF -2008 5. ADI 2182 /DF - 2010 6. ADI 2971 AgR /RO- 2014 7. ADI 4222 AgR /DF - 2014 8. RE 603616 / RO-2015 9. ADC 41/DF - 2017 10. HC 141949 /DF - 2018 11. RE 460320/ PR -2020
El “bloque de constitucionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión	<ol style="list-style-type: none"> 1. HC 91361 /SP -2008 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO 2. HC 178527 /RS - 2020 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO 3. HC 185051 / SC- 2020 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Nota. El término “bloque de constitucionalidad” solo aparece como título de una obra mencionada: *O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança* de Bernardo Leôncio Moura Coelho. Fuente: Elaboración propia.

Igualmente, también es útil señalar que las tres sentencias que efectivamente tuvieron como fundamento el bloque constitucional latinoamericano trataron asuntos que resultaron sumamente evidentes en la propia CADH y en el escenario nacional e internacional. Estas eran las cuestiones relacionadas con el entonces aún aplicable arresto del depositario infiel –HC 91361, 2008– directamente ilegal bajo el Art. 7.7 de la Convención. También lo era la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia –HC 178527, 2020 y HC 185051, 2020– cuestión que trata de una ambigüedad directa entre la CADH, que la permite porque considera la culpabilidad legalmente establecida después del análisis de un tribunal superior (Art. 8.2) –o sea, de segunda instancia– y la Constitución brasileña. Esta última no la admite al afirmar en su Art. 5º, inciso LVII que “nadie será declarado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria” (CRFB, 1988), siendo considerada tal tránsito en juzgado en el Derecho Brasileño sólo cuando la sentencia se vuelve firme, habiendo sido agotados completamente los medios de recurso, ya sea por la falta de interposición del recurso, por la extemporaneidad de su interposición o por la resolución definitiva del tribunal supremo competente por el caso, por lo que la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia es considerada inconstitucional, sin embargo, convencional.

Así, se puede concluir que el STF solo utiliza el bloque constitucional latinoamericano cuando el concepto es absolutamente necesario para la deliberación de la cuestión. Ya que no sería posible construir una comprensión cohesiva de tales temas sin mencionar a la CADH y explicar su posición en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, a pesar de que la sentencia de 2008 sobre la detención del depositario infiel se ha consolidado como una decisión histórica y hasta entonces inmutable, ésta no queda como regla para las siguientes. El tema de la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia generó una fuerte inseguridad jurídica debido a los constantes cambios en el entendimiento de la Corte, ya sea por su permisividad o prohibición, sin llegar a esclarecer cuestiones claves del DIDH y provocando fuertes incidentes políticos, como el arresto del ex presidente Lula antes de las elecciones de 2018 y su liberación al año siguiente.

A partir de tales consideraciones, ¿existiría, entonces, un bloque de constitucionalidad en práctica en el Derecho Brasileño? Podemos inferir que no, a juzgar por este escaso uso del mismo en la Corte Constitucional del país y su interpretación acerca del estatus jurídico de la CADH. El presupuesto del bloque latinoamericano es justamente la adhesión de los tratados internacionales de Derechos Humanos a la Constitución, y esta no es la realidad amplia en Brasil debido a las interpretaciones normativas del STF acerca del texto constitucional y sus posteriores cambios, en especial la EC 45/2004, hechos que dieron lugar a un carácter puramente supra jurídico de la propia CADH. Además, si el propio guardián de la constitución no aplica un concepto expansivo inherente a la constitucionalidad para brindar una mayor protección jurídica a bienes tan urgentes y marginados como los derechos humanos, no serán los Tribunales o juicios regionales los que lo harán debidamente.

A pesar de eso, existen –hasta ahora– incentivos del propio Consejo Nacional de Justicia (CNJ) para aumentar la atención de jueces y ministros en temas

de DDHH, advenidos del Pacto Nacional del Poder Judicial por los Derechos Humanos (2022), que tiene como principal objetivo “fortalecer la cultura de los derechos humanos en el Poder Judicial, con especial énfasis en el control de convencionalidad” (CNJ, 2022). Entre ellos están el Concurso Nacional de decisiones judiciales y fallos en Derechos Humanos, que premia “decisiones judiciales con impacto transformador de la realidad nacional, que han utilizado la técnica del control de convencionalidad e incorporado parámetros internacionales derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las recomendaciones de Comisión” (Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2022).

Por consiguiente, debemos también observar el tratamiento de la Suprema Corte con relación al control de convencionalidad en sí. Nuevamente fue realizada una investigación empírica en la herramienta de búsqueda de jurisprudencia del STF, con base en términos clave. Y, al buscar por el término “control de convencionalidad” fueron encontrados solamente un total de 12 fallos. La mayoría, como en el caso del bloque de constitucionalidad, no contenían el término a lo largo de sus textos, pero aparecían en la herramienta de búsqueda por el mismo en el sitio web, que, en este caso, totalizaron ocho fallos. Solamente en uno el término control de convencionalidad es mencionado pero no desarrollado, y en otros 2 el concepto es de hecho explicado pero no sirve de fundamento para la decisión. El único donde el control fue utilizado de hecho fue el HC 171118/2019, que tuvo como relator el ministro Gilmar Mendes y trata del reconocimiento de una doble persecución penal:

Parámetro para el control de convencionalidad. Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precedentes de la Corte Interamericana Derechos Humanos en el sentido de ‘proteger los derechos de los ciudadanos que han sido procesados por determinados hechos para {que no sean juzgado por los mismos hechos.’ (STF, 2019)

Por lo tanto, podemos observar nuevamente la escasa mención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Supremo Tribunal Federal, que parece utilizar de hecho la materia solamente en pocos HC. La indexación del uso de “control de convencionalidad” puede ser encontrada en la Tabla 2.

Queda clara nuevamente la deficiencia de la práctica del Derecho Interamericano en el Supremo Tribunal Federal. Es extremadamente difícil encontrar repercusiones en el STF sobre decisiones internacionales de derechos humanos emanadas de órganos sobre los cuales Brasil reconoce jurisdicción. Incluso cuando se discute el alcance y significado de cierta garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se intenta verificar la posición de su intérprete, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia obligatoria Brasil reconoce desde el 10 de diciembre de 1998 (Ramos, 2009, p. 281). Conviene subrayar que,

de hecho, no cumpliría con los mandatos de los propios tratados ignorar la posición dominante de los órganos encargados de interpretar sus disposiciones. Lo mismo ocurre en el

Tabla 2. Tratamiento del término “control de convencionalidad” en el Supremo Tribunal Federal

Modos de utilización de “control de convencionalidad” en la jurisprudencia del STF	Fallo - Año
La expresión “control de convencionalidad” aparecía como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos.	<ol style="list-style-type: none"> 1. ADI 3470/ RJ -2017 2. ARE 1054490 QO/ RJ -2017 3. ADI 3937 / SP -2017 4. ADI 4066 /DF -2017 5. HC 141949 /DF -2018 6. ARE 1225968 AgR /SP -2019 7. ARE 1097670 AgR /DF - 2019 8. ARE 1003305 AgR-ED /DF -2019
El “control de convencionalidad” fue mencionado por uno o más ministros del STF, sin que el concepto fuese desarrollado.	<ol style="list-style-type: none"> 1. ADI 5240/SP -2015
El “control de convencionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros, pero no fue el fundamento de la decisión	<ol style="list-style-type: none"> 1. HC 143968 AgR/ RJ - 2018 2. ADPF 496/DF -2020
El “control de convencionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión.	<ol style="list-style-type: none"> 1. HC 171118 / SP -2019 Relator(a): Min. GILMAR MENDES.

Poder Judicial brasileño: el comportamiento de algunos tribunales que ignoran la posición consolidada del STF no cumple con los requisitos de la buena jurisdicción, que solo carga a la parte agraviada, que seguramente apelará y ganará en ese tribunal. La mención de los precedentes de estos órganos internacionales de Derechos Humanos en la jurisprudencia del STF es un paso más a ser dado en la apreciación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ante nuestra Corte Suprema. (Ramos, 2009, p. 282)

Por lo cual debemos insistir en un diálogo entre la Corte IDH y el STF, ya que las dos deben cumplir la misma misión de garantizar el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana (Ramos, 2009, p. 282). Sin embargo, la aplicación de la jurisprudencia internacional aún es escasa y el desconocimiento de los compromisos asumidos por el Estado con el DIDH persiste hasta el día de hoy, ya sea por desconocimiento de esta rama del Derecho, o por una postura conservadora basado en la “protección de la soberanía nacional”, lo que dificulta el cumplimiento de las sentencias de la Corte, así como aumenta la posibilidad de violaciones a la CADH (Ceia, 2013, p. 147).

Como resultado, aún existe una falla, u omisión, en la rendición de cuentas de los violadores de derechos humanos en el país. Y una de las causas para eso, según Ceia (2013), es la resistencia de los agentes políticos nacionales a aplicar

el DIDH en el ámbito de sus respectivas competencias, con base en la soberanía del país y la supremacía de la Constitución. Debido a que el Poder Judicial brasileño aún no ejerce control de convencionalidad, los demás agentes políticos no ajustan sus posiciones a los parámetros desarrollados en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De hecho, la falta de enjuiciamiento de los responsables de violaciones a los derechos humanos es contraria al orden constitucional brasileño establecido en 1988, que tiene en su centro la protección de los DDHH y tipifica las obligaciones internacionales asumidas por el país a través de la ratificación e incorporación de tratados (Ceia, 2013, p. 151).

Por lo tanto, es necesario incorporar este tema en la rutina de los agentes políticos y operadores legales brasileños.

La consagración constitucional de instrumentos y jurisprudencia internacionales fortalecería efectivamente la protección de los derechos humanos a nivel nacional, en la medida en que pasarían a ser vinculantes para los agentes políticos con base en la Constitución. A su vez, la promoción de una sólida cultura de protección y realización de los derechos humanos generaría tanto la conciencia y movilización de la sociedad civil, como la sensibilidad de los agentes estatales ante la prevalencia de los derechos humanos. (Ceia, 2013, p. 152)

Además, el rol del Supremo Tribunal Federal en dicha consagración y promoción sería clave para el éxito de una nueva cultura de respeto a los derechos humanos y obligaciones internacionales asumidas por Brasil. Puesto que, sin la conformidad del STF en el asunto, tal avance simplemente no sería posible debido a fuerza de sus entendimientos en el ordenamiento jurídico brasileño. La actual disfuncionalidad del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad latinoamericanos en Brasil debido a las posiciones del STF representa un enorme obstáculo a la plena efectividad de la CADH y de la garantía y efectividad de los Derechos Humanos en toda la nación.

CONSIDERACIONES FINALES

Después de la adhesión de Brasil a los mecanismos internacionales de verificación del respeto a las normas de Derechos Humanos, es necesario reconciliar la jurisprudencia del STF sobre los diversos derechos protegidos debido a la posición hermenéutica de los órganos internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad debe tomarse en serio, así como el bloque de constitucionalidad. Solo así la posición del STF será consistente con los compromisos internacionales de adhesión a la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos asumidos por Brasil, superando la actual fase ambigua, en la que Brasil ratifica los tratados de DDHH, pero incumple su normativa según la interpretación de los organismos internacionales responsables (Ramos, 2009, p. 283).

De hecho, los conflictos percibidos entre el orden judicial nacional e internacional no son insolubles, como afirman Fernandes y Lenzi (2015). Más allá, superarlos representaría una marca histórica para el Supremo Tribunal Federal, ya que es una oportunidad única para que el Tribunal se deshaga de la “rancidez autoritaria” presente en su jurisprudencia en materia de Derecho Internacional. “Inaugurando entonces una nueva era, basada en el respeto a los compromisos internacionales asumidos en materia de Derechos Humanos y en el Diálogo de las Cortes” (Fernandes y Lenzi, 2015, p. 230).

Por lo tanto, es necesario incorporar este tema en la rutina de los agentes políticos brasileños y demás operadores legales. El desarrollo de la conciencia sobre el derecho internacional abarca varias iniciativas, como la inclusión de la disciplina de derechos humanos en los planes de estudio de los programas universitarios de grado y posgrado, la inclusión de la materia de derechos humanos en el examen nacional para la OAB, la inclusión de la referida materia en concursos públicos para el ingreso a las carreras jurídicas –como Delegado de Policía Federal, Fiscal General Federal y Defensoría Pública– y programas de formación y capacitación en derechos humanos para miembros de los tres poderes del Estado y de las Fuerzas Armadas. Fortalecer la cultura de derechos humanos es un requisito habitual en las sentencias de la Corte en casos de condena por violación de derechos humanos y ciertamente evitaría los escenarios de parcialidad e impunidad presentes, por ejemplo, en el caso *Escher* y otros. *Vs. Brasil* y en el caso *Garibaldi Vs. Brasil*. Finalmente, es importante resaltar la importancia de promover la cultura de los derechos humanos también dentro de la sociedad civil –escuelas,

asociaciones y organizaciones civiles— dada su creciente importancia para movilizar la opinión pública y ejercer presión social sobre las autoridades nacionales en relación con los casos de abusos y violaciones de los derechos humanos (Ceia, 2013, pp. 147-148).

Como se ha observado en esta investigación, el bloque de constitucionalidad y el control convencional interamericano no se aplican hoy en Brasil. Hay una falla sistémica en la realización de las potencialidades del SIDH, que puede justificarse por su naturaleza contemporánea, pues el instrumento del control de convencionalidad interamericano, por ejemplo, fue recién definido por la decisión del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 2006. Por lo tanto, la mayoría de los magistrados actualmente en condiciones de aplicar el control convencional ni siquiera lo visitaron durante su formación universitaria (CUNHA, 2008).

Sin embargo, el deber de mantenerse actualizado es inherente a cualquier profesional del Derecho, y mucho más a los magistrados, ya que son ellos las figuras encargadas del pleno funcionamiento de la justicia a través del dictado de sentencias. Así, aun tratándose de un tema contemporáneo, cabe señalar que fue implementado hace 16 años, tiempo más que suficiente para la formación complementaria de los jueces y ministros brasileños. Aunque la subutilización del Derecho Internacional emane de la falta de ejemplo reflejado en el Supremo Tribunal Federal. De hecho, el diálogo jurisprudencial entre dichos Tribunales es hoy inexistente, como se demostró en el capítulo anterior.

La barrera representada por la interpretación del STF de la EC 45/2004 al considerar solo los tratados que pasan por el proceso descrito en ella constitucionales, y rebajando el estatus legal de todos los previamente ratificados, representa el mayor obstáculo para la correcta aplicación del bloque constitucional. Factor por el cual necesita ser revisado por el Tribunal. Es evidente en las actuaciones del STF que la institución ha utilizado argumentos interamericanos solo para respaldar su propia opinión. Es decir, en temas de Derechos Humanos donde la Corte Suprema resolvió en contra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última ni siquiera fue considerada, como en la ADPF 496 (2020), responsable por mantener el delito de desacato, y en la ADPF 153 (2010), que mantuvo los efectos de la Ley de Amnistía, esta última frente a un claro consenso internacional sobre los procesos de redemocratización posteriores a los regímenes autoritarios y las sentencias emitidas por la Corte Interamericana contra el Estado brasileño en el caso *Gomes Lund y otros Vs. Brasil* (2010) y *Vladimir Herzog Vs. Brasil* (2022).

En resumen, la aplicación del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad latinoamericanos son extremadamente limitados incluso en el más alto nivel constitucional brasileño, el STF. De hecho, el diálogo embrionario entre el Tribunal y la Corte IDH tiene frutos de monumental importancia, como la declaración de inconvencionalidad de la prisión del depositario infiel, lo que ilustra la necesidad de la amplia aplicación de tales mecanismos por todos los niveles de Justicia, a fin de garantizar los Derechos Humanos en la sociedad brasileña en su conjunto. Sin embargo, el continuo desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las demandas internas impacta

directamente en violaciones de derechos humanos en el territorio nacional, derivadas de la inaplicabilidad del bloque de constitucionalidad y del control convencional interamericano en el Poder Judicial brasileño, y la consecuente falta de cooperación entre las instancias judiciales domésticas y el SIPDH.

Finalmente, se puede decir que el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad latinoamericanos no existen en Brasil como previsto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, como un deber de todos los jueces de aplicar las normas internacionales de derechos humanos y los tratados inherentes a ellas a la legislación y los casos internos a fin de proteger en la medida de lo posible los derechos esenciales de todos. La repercusión derivada de tal transgresión se suma diariamente a las violaciones sistemáticas de los DDHH en Brasil y de la vida de toda la población, a quienes se les pueden negar sus derechos aun cuando estén debidamente protegidos a nivel internacional por el Estado brasileño. Más que nunca, el potencial del Sistema Interamericano es indispensable para la ciudadanía frente a la creciente desigualdad social en el país, que no puede seguir debilitando la democracia brasileña. La Educación en Derechos Humanos y su consecuente implementación son los factores clave en la transformación de la actual (falta de) lógica brasileña en el tratamiento del tema.

BIBLIOGRAFÍA

- Bogdandy, A.V. (2011). Hacia un nuevo derecho público. *Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. UNAM.
- Camilo, G. V. G. (2016). O Papel Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos Em Face Das Leis De Anistia. *Conjuntura Global*, Vol. 5, N. 3, 638 - 658.
- Camilo, G.V.G. (2017). A Aplicação Dos Tratados E A Doutrina Do Controle De Convencionalidade: Bases Jurídicas E Efetivação. *Revista De Direito Brasileira*, V. 17, N. 7, 18-39.
- Carbonell, M. (2013). Introducción General Al Control De Convencionalidad. En: Pérez, Luis Raúl Gonzáles; Valadés, Diego (Coord.). *El Constitucionalismo Contemporáneo*. Universidad Nacional Autónoma De México: Instituto De Investigaciones Jurídicas. 67-95.
- Cavallo, G. A. (2019). Juiz Constitucional E Diálogo Jurisdiccional Multinível: A Experiência Chilena. *Revista De Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N. 1. 61-89. Doi: 10.5380/Rinc.V6i1.57697.
- De Vico Arantes, C. M., y De Vico Arantes, M. A. (2019). Jurisdição Constitucional e Supremocracia. *Revista de Direito Da Fae*, 1(1), 6-26.
- Ceia, E. M. (2013). A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61. 113-152. https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf.
- Ertel, L.C.R. (2022). *A incorporação do direito internacional dos Direitos Humanos à ordem constitucional no Brasil e na Argentina*. Dissertação de Mestrado, UFRGS, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- Fernandes Ormelesi, V. y Lenzi Silva, J. (2015). A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Práxis*, 6(12), 228-250. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944514009>.
- Ferrer, E. (2012). Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano. En: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro (Coord.). *La Reforma Constitucional En Materia De Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*. Porrúa-Unam. 371 - 372.

- García Ramírez, S. (2007). *La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Porrúa.
- García Ramírez, S. (2015). *Votos Particulares En La Corte Interamericana Y Reflexiones Sobre Control De Convencionalidad*. Comisión Nacional De Los Derechos Humanos.
- Hardman, A.I. (2018). *Controle de Convencionalidade e A Nova Constituição: O Interconstitucionalismo À Luz Do Direito Interamericano*. En: Maia, L. M.; Lira, Y. (Coord.). *Controle De Convencionalidade: Temas Aprofundados*. 1a Ed. Salvador: Editora Juspodivm, Parte 2. 207-229.
- Index Mundi (2019). *Gini Index (World Bank Estimate)* - Country Ranking.
- Kelsen, H. (1998). *A Teoria Pura Do Direito*. Martins Fontes.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Palestra.
- Lopes, A. H. C. (2005). A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 549.
- Macdowell, C. (2007). Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Sur* 2007, n.7.
- Mac-Gregor, E. F. (2011). Interpretación Conforme Y Control Difuso De Convencionalidad El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano. Chile: *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 531-622.
- Mazzuoli, V. O. (2011). O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. *Revista dos Tribunais*. 2. ed. São Paulo.
- Mazzuoli, V. O. (2018). *Teoria Geral Do Controle De Convencionalidade No Direito Brasileiro*. In: Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Coord.). *Controle De Convencionalidade: Temas Aprofundados*. 1a Ed. Salvador: Editora Juspodivm. Parte 1. 23-66.
- Mendes, G. F. (2020). *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva.
- Piovesan, F. (2012). Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no. 19.
- Piovesan, F. (2020). O Impacto Da Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos E A Emergência De Um Novo Paradigma Jurídico. En: Amaral, Alberto Do; Piovesan, Flávia; Danse, Paula Monteiro (Org.). *50 Anos Da Convenção Americana De Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto E Perspectivas*. Editora Juspodivm.
- Plastino, L. M., (2021). *As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Brasil*. Nexo Jornal. <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/As-decis%C3%B5es-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-sobre-o-Brasil>.
- Portela, p. H. G. (2017). *Direito Internacional Público E Privado. Incluindo Noções De Direitos Humanos E De Direito Comunitário*. Juspodivm.
- Ramos, A. C. (2021). *Curso de Direitos Humanos*, Saraiva Educação.
- Ramos, A. C., (2009). Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104. 241 - 286. <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>.

- Sagüés, N. P., (2010). Obligaciones Internacionales Y Control De Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136.
- Sgarbossa, L.F. (2005). A emenda constitucional n. 45 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 575.
- Silva, J. A. (2017). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros.
- Solis, A. C. (2014). *De Las Comisiones A Los Organismos En Córdoba: Derechos Humanos, Dictadura Y Democratización*. Kotler. 129-156.
- Thérien, J. P. y Gosselin, G. (1997). A Democracia E Os Direitos Humanos No Hemisfério Ocidental: Um Novo Papel Para A Oea. *Contexto Internacional*, 19(2), 199-220.
- Trindade, A. A. C. (2006). *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início Do Século XXI*. XXXIII Curso de Direito Internacional. Comissão Jurídica Interamericana da OEA, Rio de Janeiro. <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/desafios-e-conquistas-do-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-in%C3%ADcio-do-s%C3%A9culo-xxi>.
- Ventura, D. y Cetra, R. O. (2013). O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: De Maria Da Penha À Belo Monte. En: *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Fórum.

Legislación

- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Brasil (2004). *Emenda Constitucional 45*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, sentencia de 4 de febrero de 2000.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2006a). *Almonacid Arellano Y Otros Vs. Chile*. Sentencia De 26 De Septiembre De 2006.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2006b). *Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú*. Sentencia De 24 De Noviembre De 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016. *CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL SENTENÇA DE 20 DE OUTUBRO DE 2016* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf.
- Corte Interamericana De Direitos Humanos (2008). *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentencia De 12 De Agosto De 2008.
- Planalto, (2022). *Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm.
- Réu Brasil, (2021a). *Caso Nogueira de Carvalho e outro versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/gilson-nogueira-de-carvalho/>.
- Réu Brasil, (2021b). *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/caso-favela-nova-brasil-versus-brasil/>.

- Réu Brasil, (2021c). *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/caso-empregados-da-fabrica-de-fogos-de-santo-antonio-de-jesus-e-seus-familiares-versus-brasil/#cumprimentodasentena>.
- STF, (2019). *HABEAS CORPUS 171.118*. SÃO PAULO. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>.
- Supremo Tribunal Federal, (2015). *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 459.510 MATO GROSSO*. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>.
- Tribunal de Justiça do Esyado do Amazonas, (2022). *CNJ premia melhores decisões e acórdãos em Direitos Humanos*. <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/5761-cn-j-e-corte-interamericana-premiam-melhores-decisoes-e-acordaos-de-direitos-humanos>.