

Capítulo I

EL DERECHO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

§ 1. EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

a) Primeras ideas

La *Constituição Federal* de Brasil fue sancionada el 5 de octubre de 1988 (en adelante, CF 1988)¹. Sus 250 artículos se encuentran distribuidos a lo largo de 9 títulos, los cuales se subdividen a su vez en capítulos y secciones. Dicho plexo normativo se completa con los denominados *Atos das Disposições Constitucionais Transitórias* que suman 76 artículos.

La Carta ha sido alterada y completada a la fecha por 35 enmiendas constitucionales y 6 enmiendas de revisión, permitidas, con límites, por su art. 60.

La historia constitucional brasileña consta de los siguientes instrumentos: (a) Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil, de 24 de febrero de 1891; (b) Constitución de los Estados Unidos de Brasil, de 16 de julio de 1934; (c) Constitución de los Estados Unidos de Brasil, de 10 de noviembre de 1937; (d) Constitución de los Estados Unidos de Brasil, de 18 de septiembre de 1946, y (e) Constitución de Brasil, de 24 de enero de 1967 modificada por la enmienda N° 1, de 30 de octubre de 1969².

El contenido en temas de derecho internacional es más diversificado de lo que a primera vista puede resultar.

La apertura al ordenamiento externo queda plasmada desde el preámbulo mismo, en el cual los constituyentes, en su carácter de representantes del pueblo brasileño, dejan expresa anotación de que el Estado Democrático que instituyen,

¹ Publicada en DOU [Diario Oficial de la Unión] 05.10.1988.

² Publicadas en (a) LIVR 24.02.1891; (b) LIVR 16.07.1934; (c) LIVR 10.11.1937; (d) DOU 19.09.1946, pág. 1, y (e) DOU 20.10.1967, pág. 953, respectivamente.

juntamente con los valores esenciales que se declaran, estará “*fundad[o] en la armonía social y comprometid[o], en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias*”; bajo tales auspicios es promulgada la constitución de 1988.

Dichas expresiones no son menores toda vez que, además de teñir el resto del articulado, forman parte de las ideas preliminares y medulares que la sociedad siente dentro de los valores jurídicos que emergen de su seno. Es oportuno resaltar que cualquiera sea el texto al que antecede un preámbulo, no cabe dudas que éste resume las líneas básicas a las que sirve de introducción. De allí la importancia del tratamiento del derecho internacional desde el comienzo mismo de la CF 1988.

Esta relevancia resalta aún más al observarse que de los textos constitucionales históricos, de 1891, 1934, 1937, 1946 y 1967/69, el texto actualmente en vigor es el único que realiza en su *Preâmbulo* declaración alguna respecto al derecho internacional.

El compromiso del que da cuenta el enunciado preambular traduce sin dudas una perspectiva de respeto, de observancia, de aceptación del ordenamiento internacional. La declaración se refiere a la solución pacífica de las controversias, lo que en nada reduce la anterior significación, desde que, actualmente, la “solución” de los conflictos internacionales transita por los carriles del respeto del derecho.

La declaración contenida en el preámbulo no significa una merma de la autodeterminación e independencia del Estado sino, por el contrario, una opción de política exterior que coloca al país en el escenario mundial, reconociendo al mismo tiempo su posibilidad de relacionarse, en términos de igualdad, con el resto de las naciones.

Tales consideraciones amplían el contenido del orden jurídico vigente en Brasil y por lo tanto aumentan las garantías que sus ciudadanos pueden invocar en el sistema interno. Consecuentemente, al permitir la carta política, desde el comienzo mismo de su texto, la posibilidad de que los particulares puedan verse sujetos de derechos de origen internacional, el Estado participa a los habitantes de las ventajas que resultan de su práctica de relacionamiento externo. En definitiva el Estado negocia y firma acuerdos externos teniendo siempre presente el bien común y el progreso de las personas que forman parte esencial de su estructura, pues radica en esto último la *ratio essentialis* de su propia existencia.

Hecha esta primera aproximación de la carta de 1988, cabe a continuación repasar el *articulado constitucional*, el cual en sintonía con la introducción comentada plasma también en varios pasajes la apertura del derecho interno al sistema jurídico de la comunidad internacional.

Brasil es un Estado profundamente soberano, condición de la que da cuenta el art. 1º al establecer, además de su forma federativa y su apego al sistema demo-

crático, que el país tiene como fundamentos, entre otros, la soberanía, agregando su párrafo único que “[t]odo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución” (art. 1, I, párr. único).

La CF 1988 estatuye como objetivos primordiales del Estado, entre los que aquí interesan, “garantizar el desarrollo nacional” y “promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación” (art. 3º, II y IV). Tales finalidades bien pueden ser alcanzada, en su faz externa, a través de la integración económica con los Estados vecinos si ello, en definitiva, potencia el bienestar general de toda la Nación³.

Como resalta la misma norma se censura, entre otras discriminaciones, las de “origen, raza,... y cualquier otra forma de discriminación”. En ese contexto bien podría incluirse, principalmente, las diferenciaciones que tengan en cuenta la nacionalidad.

La disposición de mayor apertura del texto constitucional al ordenamiento externo es el art. 4º, que establece los principios que deben respetar los distintos departamentos del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, frente a la comunidad internacional. La amplitud de la disposición demuestra que el constituyente ha dado real importancia a los asuntos que vinculan al país con el resto de los sujetos internacionales. El artículo comienza prescribiendo que “[I]a República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios”; tal como la disposición lo estipula, las siguientes pautas, algunas de las cuales están recíprocamente imbricadas, deben entenderse como líneas medulares a las que la República se ha obligado observar en sus relaciones externas:

–“I– independencia nacional”; “III– autodeterminación de los pueblos”; “IV– no intervención”; “V– igualdad entre los Estados”: estos principios, universalmente reconocidos en diferentes convenios de alcance mundial (en especial, la Carta de la ONU [Organización de las Naciones Unidas]), deben ser definidos a partir de su doble faceta. En efecto, además de dirigirse a garantizar al Estado la invulnerabilidad de sus atributos esenciales, establecen, a su vez, deberes de colaboración hacia los otros países. Esto último exige que se dispense a los demás Estados un trato igualitario en el sentido de no arrogarse atribuciones, o incurrir en omisiones, que terminen por colocarlos en una situación disvaliosa respecto al Estado brasileño. En otra palabras, estos principios conllevan derechos y deberes frente a terceros.

–“II– prevalencia de los derechos humanos”⁴; “VIII– repudio al terrorismo y al racismo”; “X– concesión de asilo político”: en tanto que Estado democrático

³ Ver considerandos del preámbulo del Tratado de Asunción.

⁴ Ver también, en especial, art. 5º y sus diferentes incisos I a LXXVII.

Brasil ha optado, en línea con la actual tendencia, por garantizar los derechos y garantías de las personas, lo cual se ha plasmado en el ámbito internacional con la ratificación de numerosos tratados en materia de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), instrumentos éstos que han sido reconocidos por el propio articulado constitucional. Los otros principios mencionados completan la protección de los individuos. La cuestión del terrorismo también ha concitado especial atención habiendo aprobado el Estado varios instrumentos internacionales.

–“VI– defensa de la paz”; “IX– cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad”; “VII– solución pacífica de los conflictos”: estos valores constituyen un complemento de los citados anteriormente⁵.

La disposición que por antonomasia resulta importante a los fines de la presente investigación se encuentra plasmada en el *párrafo único* del artículo 4, que establece:

“La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”

Sin perjuicio de su tratamiento posterior, cabe aquí hacer algunas precisiones. En primer lugar, no resulta irrelevante, además del contenido material de la norma y los alcances de su interpretación, el hecho de que el constituyente haya dejado sentada su voluntad de “integrar” al Estado dentro de las disposiciones que estructuran todo el plexo normativo constitucional. Tampoco es de soslayar la flexibilidad con la que se conciben los procesos de integración en los cuales podrá participar el país; ello permite un abanico de opciones sobre las modalidades de los mecanismos, lo que otorga mayor libertad a los poderes constituidos. Esta fórmula, consecuentemente, pone en manos de los negociadores nacionales una herramienta invaluable al darles respaldo constitucional para que, de acuerdo a las circunstancias que surjan en cada momento según cada proceso asociativo, elijan la fórmula de “integración” que sea conveniente para el Estado. Antes que limitar el campo de actuación de los poderes del gobierno con competencia para concertar los acuerdos internacionales correspondientes, el párrafo único del art. 4º, consciente de la maniobrabilidad que exigen las negociaciones internacionales, coloca a disposición de aquellos la base constitucional para firmar acuerdos de integración otrora cuestionables bajo el prisma de la soberanía nacional. Al mismo

⁵ La regla contenida en el numeral IX tiene un contenido que por su trascendencia será analizado *infra*.

tiempo, el texto comentado parece exigir, y ello sí constituye una restricción para los poderes constituidos, que los acuerdos respectivos a través de los cuales se desarrolle el principio constitucional deban ser capaces de llevar a la práctica las distintas clases de integración que la norma menciona. Por ello, no cumple la previsión constitucional un tratado por el cual se origine un proceso de integración si el mismo está desprovisto de los elementos esenciales necesarios para cumplir con su finalidad. En este último caso, simplemente serían de aplicación las disposiciones de la carta política que habilitan la firma de tratados y acuerdos de cooperación, en el sentido clásico. Lo mencionado intenta evitar la limitación del verdadero alcance del párrafo único, que resultaría si se lo utilizara para justificar constitucionalmente cualquier emprendimiento que, sin perjuicio de los amplios objetivos que en materia de integración persiga, carezca de los causes de acción mínimos indispensables para ejecutar tales objetivos. La invocación de esta norma debe constituir una excepción, pues no todo tratado que persiga la integración, en sentido laxo, es la clase de “integración” que el artículo describe. La norma, en cierta medida, exige a los poderes constituidos que los instrumentos que bajo su marco se suscriban, logren alcanzar los fines que ella prescribe; por ello, en tanto que vincula, al igual que el resto de las disposiciones constitucionales, a todos los órganos del Estado, las actuaciones u omisiones de alguno de ellos, que impidan o dificulten la “integración” buscada por el art. 4º podrá ser resulta por los otros, en especial por la naturaleza de su función, por el poder judicial.

Otra disposición que debe citarse es el artículo 5º, cuyo contenido desarrollado a lo largo de setenta y siete incisos constituyen el capítulo I del título II, dedicado a los derechos y deberes individuales y colectivos. Varias de sus normas han sido la base para la suscripción de tratados en materia de derechos fundamentales⁶. Los “derechos y garantías fundamentales” que surgen de esta disposición son de “aplicación inmediata” (§1º), al tiempo que “no excluyen otros” que se derivan tanto del régimen y los principios constitucionales como de los “tratados internacionales” de los que Brasil “sea parte” (§2º). La aplicación inmediata que habilita la norma beneficia a las disposiciones contenidas en la propia constitución y en los convenios internacionales; además, los particulares al resultar beneficiarios de tales derechos pueden invocarlos directamente ante los tribunales internos. Así el texto constitucional reconoce en estas normas, que así como sus artículos también los tratados confieren derechos a los habitantes del Estado. Aún más, la aplicación del §2º no sólo habilita la alegación de un tratado internacional vinculado a los derechos contenidos en los distintos incisos del art. 5º, sino que cualquier

⁶ Sólo para mencionar algunos ejemplos: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por decreto legislativo 26, 22.06.94) y Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, deshumanas o degradantes (promulgada por decreto 40, 15.05.91).

“derecho” o “garantía” que pueda tener su origen en un tratado internacional del cual Brasil sea parte es susceptible de ser invocado por los particulares.

b) Las etapas constitucionales en la concertación de las obligaciones internacionales

Una constante de los textos constitucionales de Brasil ha sido el monopolio del Gobierno de la *Unión* en el manejo de las relaciones exteriores. El poder de concertar arreglos internacionales ha sido puesto, siempre, dentro de la competencia material del poder central, principalmente, en el departamento Ejecutivo, y por su intermedio en el Ministerio de Relaciones Exteriores (*Palacio de Itamaraty*).

Lo afirmado se corrobora desde la Carta de 1891, que además de omitir cualquier referencia en las disposiciones dedicadas a los poderes de los estados locales (“antiguas Provincias”, arts. 1 y 2), mantenía explícitamente en el art. 34 (“De las Atribuciones del Congreso”) que compete al congreso en forma privativa “regular el comercio internacional” y resolver definitivamente sobre “los tratados y convenciones con las naciones extranjeras” (art. 34, 5º y 12); ello se reafirma, más adelante, al otorgarse también de manera privativa al Presidente de la “República” la prerrogativa de “entablar negociaciones internacionales, celebrar ajustes, convenciones y tratados, siempre *ad referendum* del Congreso” (art. 48, 16). No obstante, esta constitución agregaba en el citado inc. 16 del art. 48 que era del resorte exclusivo del ejecutivo de la Unión el aprobar las “convenciones sin carácter político” que los Estados federados “celebraren en conformidad con el art. 65, sometiéndolos, cuando sea necesario, a la autoridad del Congreso” (art. 65, 1º).

Las posteriores constituciones de 1934, 1937, 1946 y 1967/69, reiteraron el monopolio de la Unión (conjuntamente, Ejecutivo y Legislativo) para la concertación de los acuerdos externos⁷.

La preservación de la cohesión federal, por un lado, y la circunstancia de la existencia del Estado brasileño como sujeto de derecho internacional, por el otro, justificaban la uniformidad en el accionar externo.

El actual texto de 1988 persevera en el mismo esquema de distribución en materia de relaciones exteriores, sin perjuicio de que, en tanto se avanza en la lectura de la lista de competencias que pertenecen a la Unión, a los estados locales y al Distrito Federal, y en algunos supuestos a los Municipios, en especial en lo

⁷ Constituciones de 1934, arts. 5º, I, 40, “a”, y 56, 5º y 6º, ver también art. 91, 1º, “f”; de 1937, arts. 15, I, 54, “a”, 73 y 74, “c”, “d” y “n”, el art. 10 otorgaba a los Estados locales la “obligación de adoptar, en la esfera de sus competencias, las medidas necesarias para la ejecución de los tratados comerciales concluidos por la Unión”, pactando que en caso de omisión de aquellos dentro de un plazo útil “la competencia legislativa para tales medidas se devolverá a la Unión”; de 1946, arts. 5º, I, 66, I, y 87, VII; y de 1967, arts. 8º, I, 47, I y párrafo único, y 83, VII y VIII; y enmienda 1/1969, arts. 44, I, y 81, X.

referido a la tributación, la completa diferenciación entre unas y otras esferas suele difuminarse; ello ocurre, por ejemplo, en la regulación de las competencias sobre el ICMS (impuesto a la circulación de mercaderías y servicios), de especial relevancia frente a un proceso de integración como el Mercosur, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la prohibición de cualquier clase de trato desigual entre bienes nacionales y los provenientes del resto de los socios comunitarios (en nuestro caso, Argentina, Paraguay y Uruguay) juegan un papel de capital importancia⁸.

La CF 1988 prescribe en su título III, dedicado a la organización del Estado, que “[c]ompete a la Unión: mantener relaciones con Estados extranjeros y participar de organizaciones internacionales” (art. 21, I)⁹. Sin bien es cierto que, a diferencia de las constituciones anteriores, se ha dejado de lado la referencia a que la competencia en esta materia radica privativamente en la Unión, ello resulta del resto de las disposiciones, entre ellas de los arts. 49, I, y 84, VIII.

Como se observa el relacionamiento externo obedece a la conjunción de las voluntades de los órganos de la Unión. Será ésta quien represente y obligue al Estado frente a los demás sujetos con los que se vincule a nivel internacional.

Cabe ahora analizar las etapas que transitan los acuerdos internacionales a fin de lograr su entrada en vigor.

i) Cronología

Como ocurre de manera uniforme en el derecho moderno, quien conduce las relaciones externas del país en el sistema brasileño es eminentemente el departamento Ejecutivo a través del presidente, quien será auxiliado (art. 76 constitución) por sus ministros (arts. 87 a 88).

En las negociaciones internacionales varios ministerios pueden tener injerencia según las materias¹⁰. Así por ejemplo, el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior, en temas vinculados con el comercio con otros Estados; el

⁸ Para ejemplos, pueden consultarse las sentencias STJ, 1ª turma, REsp 90.871/PE, rel. Min. JOSE DELGADO, 17.06.97 (DJU 20.10.97 pág. 52977); 2ª turma, REsp (AgRg) 147.250/SP, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, 24.04.01 (DJU 13.08.01 pág. 86). Con especial referencia al Mercosur, sentencias TJRS, AC en MS 1998.59.808.6593 y AC e Reexame Necessario 7000.098.8352, de 2000, y AC y Reexame Necessario 700.0062.0633, de 2001; y STJ, MC [Medida Cautelar] 2.663, de 2000 (ver *infra*).

⁹ Con la sola excepción de la carta política de 1891, el resto de los textos fundamentales han establecido la competencia privativa de la Unión en la concertación de los tratados: Constitución de 1934 (art. 5º, I), Constitución de 1937 (art. 15, I, con la precisión del art. 10 que ordenaba a los Estados locales a ejecutar en el ámbito de sus competencias las obligaciones que resultaren de los convenios firmados por el gobierno central), Constitución de 1946 (art. 5º, I), y Constitución de 1967 (art. 8º, I).

¹⁰ Ver ley 10.683, organización de la Presidencia de República y de los Ministerios, 28.05.03 (DOU 29.05.03 pág. 2).

Ministerio de Relaciones Exteriores; el Ministerio de Transporte; el Ministerio de Educación¹¹.

Las fases previas tendientes a la concertación de los acuerdos externos son llevadas adelante por los mencionados funcionarios del Ejecutivo.

Negociado en el ámbito internacional, celebrado y firmado, el tratado debe aún cumplir los pasos internos que correspondan a fin de ser aplicable en el derecho brasileño.

La potestad presidencial de concertar los tratados nace del art. 84, “Compe-te privativamente al Presidente de la República:

“-VIII: celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a re-frendo del Congreso”.

La facultad del presidente engloba la posibilidad de firmar “tratados”, “con-convenciones” y otros “actos internacionales”. Obviamente, la constitución no enu-mera la tipología de instrumentos internacionales susceptibles de crear derechos y obligaciones para el Estado nacional.

Deben incluirse en la lista de la disposición cualquier acuerdo de voluntades en el que los funcionarios que detenten el *treaty-making power* pacten o consensúen con otros sujetos de derecho internacional obligaciones, ventajas, derechos, pre-rogativas, deberes, acciones u omisiones, etc., en cabeza o a cargo de la nación, incluyendo a sus habitantes.

Al respecto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹² se-ñala en su disposición primera que será de aplicación a las relaciones jurídicas surgidas entre Estados (art. 1º) a partir de cualquier instrumento susceptible de ser alcanzado por su definición de “tratado”, es decir todo “acuerdo internacional ce-lebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2º, inc. 1, a).

Si bien es cierto que Brasil, a pesar de haber firmado la Convención, no ha procedido aún a la aprobación congresional y consiguiente ratificación presiden-cial¹³, la misma constituye un punto de referencia al codificar prácticas universal-

¹¹ Ley 10.683/03, art. 27, IX, “g”, XIX, “a” a “e”, y XXII, §8, VI, respectivamente.

¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, de 23 de mayo de 1969 [U.N. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331]; en vigor desde 27 de enero de 1980.

¹³ Brasil fue signatario de la Convención, pero aún no la ratificó pues el congreso no ha efectuado la aprobación correspondiente. El texto de la Convención fue enviado por el poder ejecutivo al congreso nacional por Mensaje de Elevación N° 116/1992, de 22 de abril. Hasta la fecha ha sido aprobada por la Comisión de Relaciones Exteriores (por sesión del 1º de noviembre de 1995), con la opinión de que se debería hacer

mente aceptadas, que reflejan la costumbre internacional en materia de relaciones convencionales entre los Estados, situación a la que no ha escapado la *praxis* brasileña, caracterizada por una amplia tradición en la firma de acuerdos internacionales. Como bien enseña Grandino Rodas, éstas y otras razones, permiten afirmar que “tem-se como assente que entre os Estados que ainda não ratificaram, a mesma vigora enquanto expressão do Direito costumeiro, inobstante parte de seu articulado seja fruto de desenvolvimento progressivo e não de codificação propriamente dita”¹⁴.

La norma constitucional alcanza tanto a los acuerdos bilaterales y multilaterales como también a las manifestaciones unilaterales de voluntad.

Dentro de la terminología utilizada por el art. 84, VIII, con más la tipología similar agregada por el art. 49, I, se incluyen, según Rezek, los tratados, acuerdos, ajustes, arreglos, actas, actos, cartas, códigos, compromisos, constituciones, contratos, convenciones, convenios, declaraciones, estatutos, memorándum, pactos, protocolos y reglamentos. Todas estas designaciones “são de uso livre e aleatório” en la práctica diplomática brasileña¹⁵.

Las etapas previas a la celebración (notas formales de acercamiento y negociaciones) pertenecen a la esfera de las facultades privativas del ejecutivo, dentro de la cual la carta magna le asigna, además, la de “mantener relaciones con los Estados extranjeros” (art. 84, VII). El inicio de los contactos a nivel internacional queda reservado, principalmente, a los funcionarios del Palacio de Itamaraty (Ministerio de Relaciones Exteriores) y, si fuera el caso, según las materias que abarque el acuerdo, será pertinente la intervención de los agentes de otros departamen-

reserva de los arts. 25 –aplicación provisoria– y 66 –proceso de solución judicial–; la Convención no fue aún colocada en la pauta del plenario de la Cámara de Diputados. En caso de ser aprobada por esta última, todavía deberá ser examinada por el Senado Federal.

¹⁴ RODAS, João Grandino, “Tratados internacionais, sua executoriedade no direito interno brasileiro”, Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, N° 1/2, vol. 21, diciembre 1992, Uberlândia, pág. 312. La invocación y aplicación de las disposiciones de la Convención de Viena ha sido defendida respecto a Brasil por otros autores; en esta dirección se ha considerado que “[o] fato de que Brasil não ser signatário da Convenção se me afigura irrelevante em face da realidade contemporânea da globalização e da integração de mercados” (LOBO, María Teresa Cárcomo, “Consolidação do Mercosul e a decisão do STJ”, RDM 2000-4, 225); en la misma dirección, BASTOS, Carlos E. Caputo, “O processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados”, en Estudos da Integração, vol. 12, ed. Senado Federal, Porto Alegre, 1997, pág. 58 s.; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações Internacionais”, 1ª edição, ed. Agá Juris, Campinas, 2000, pág. 39; *del mismo autor*, “Tratados internacionais”, 1ª edição, ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, pág. 20; NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugênia, “Hierarquia entre os tratados internacionais e a lei interna”, págs. 2 y 13, extraído del sitio de Noronha Advogados: <http://www.noronhaadvogados.com.br> -visitado el 18.05.2002.

¹⁵ REZEK, José F., “Direito Internacional Público”, 2ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 1991, págs. 16 a 17. Ver también, ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito Internacional Público”, vol. 1, ed. I.B.G.E., Río de Janeiro, 1956, págs. 543 a 551; ROCHA, Roberto Paraíso, “Tratados e convenções internacionais sobre direito penal”, Revista Forense, vol. 157, 1955, Río de Janeiro, pág. 511.

tos ministeriales cuyo campo competencial sea efectivamente involucrado en el instrumento.

En esta etapa la aplicación de las disposiciones de derecho interno van dirigidas, en particular, a establecer los representantes del Estado competentes para obligar internacionalmente a la nación. Las negociaciones propiamente dichas se encuentran legisladas en normas de derecho internacional.

Concluida la fase previa de su elaboración, negociación y firma¹⁶, el tratado ingresa a la esfera de tratamiento interno. El poder ejecutivo tiene en la presente instancia la potestad de elevar el proyecto a la consideración del congreso en el momento que así lo crea conveniente, sin existir ningún plazo al respecto. El texto se acompaña con una exposición de motivos y se identifica, a los fines del registro y seguimiento en el congreso, como “Mensaje N°...”, agregándose su fecha de ingreso a la mesa de entradas¹⁷.

El proyecto es objeto de análisis y dictamen de las comisiones especializadas, por lo general, de Relaciones Exteriores y de Constitución y Justicia, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores (art. 58 constitución)¹⁸, en este orden. Una vez aprobado en la cámara de diputados es enviado al senado federal (arts. 64 y 65). Tanto en el plenario de cada cámara como en las deliberaciones en cada comisión, las decisiones son adoptadas por mayoría de votos, exigiéndose además la presencia de la mayoría de sus miembros (art. 47). No existe aquí plazo establecido, aunque, de considerarlo pertinente, el poder ejecutivo puede solicitar a ambas cámaras el tratamiento prioritario (con urgencia) del proyecto (art. 64, §§2° y 3°)¹⁹.

Una vez obtenido el dictamen favorable de los plenarios de cada cámara la aprobación legislativa se formaliza a través de un “decreto legislativo”²⁰ (art. 59,

¹⁶ En lo que sigue ver REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., págs. 68 a 70.

¹⁷ Sobre el procedimiento tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado Federal puede verse MARTINS, Estevão de Rezende, “A apreciação de tratados e acôrdos internacionais pelo Congresso Nacional”, en “A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro” (Antônio A. Cançado Trindade, edit.), ed. IIDH, CICV, ACNUP y CUE, San José de Costa Rica, 1996, págs. 264 ss.

¹⁸ Reglamento Interno de la *Cámara de Diputados* (RI-C.DD.), entre otros, art. 32, II, “a” (Comisión de Ciencia y Tecnología, Comunicación e Informática), VI, “a” (C. de Economía, Industria y Comercio), XI, “a” a “d” (C. de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional), XIII, “j” (C. de Trabajo, de Administración y Servicio Público), y XIV, “g” (C. de Aviación y Transportes). Resolución N° 17/1989, aprobación del Reglamento Interno, y sus modificaciones posteriores hasta la Resolución N° 11/2000, 5ª edición, ed. Cámara de los Diputados, Coordinación de Publicaciones, Brasilia, 2000, serie textos básicos N° 18.

En lo que se refiere al Reglamento Interno del *Senado Federal*, ver en especial, arts. 91, §1°, I; y 103, I. Resolución N° 93/1970, nueva redacción del Reglamento Interno y Acto de la Mesa N° 1 de 1999, publicación del texto consolidado del Reglamento Interno.

¹⁹ RI-C.DD., arts. 151, I, “j”, y 159, §2°, IV.

²⁰ Los decretos legislativos “são os atos normativos pelos quais o Congresso Nacional exerce sua competência exclusiva bicameral, mediante processo sucessivo de deliberação (primeiro uma Casa - Câmara ou Senado - e, em seguida, a outra)” (cf. MARTINS, Estevão de Rezende, op. cit., pág. 265).

VI, constitución) que lleva la firma del Presidente del senado federal²¹. Dicha norma del congreso se publica en el Diario Oficial de la Unión.

La doctrina es conteste en mantener que la aprobación congressional, plasmada en el decreto legislativo, constituye una de las etapas necesarias para la ratificación del acuerdo. La aprobación ha de ser entendida como una verdadera “autorización” para que el poder ejecutivo pueda proceder a la ratificación. Este acto del congreso no obliga en absoluto al Presidente de la República, quien podrá en el futuro, con total discrecionalidad, depositar o no la ratificación (o el acto que los países hayan pactado sobre el perfeccionamiento de la voluntad estatal)²².

Así como el acuerdo internacional aprobado por el legislativo no obliga a la ratificación del ejecutivo, tampoco podrán ser invocadas sus disposiciones toda vez que aún no ha entrado en vigor ni interna ni internacionalmente.

La emisión del acto aprobativo del congreso nacional no es suficiente para que el acuerdo internacional adquiera vigencia siendo necesario la ratificación²³ y la promulgación por el presidente. Así lo ha sostenido el STJ: «*ATRASSO EM VÔO INTERNACIONAL. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA.*

²¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar Tratados”, ed. Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1995, pág. 466.

²² BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro”, RDM 2001-4, 92; *del mismo autor*, “Teoría Geral dos Tratados - Mercosul: a luta pela união Latino-Americana”, ed. Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001, pág. 38; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais”, ed. Instituto dos Advogados de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1983, pág. 133; *del mismo autor*, “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 468; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações...”, cit., págs. 76 a 77; NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, Maria Eugênia, op. cit., pág. 7; OLIVEIRA, Regis Fernandes de, “Princípios gerais de direito comunitario”, en “O direito internacional no terceiro milênio” Estudios en homenaje al prof. Vicente Marotta Rangel (Luiz Olavo Baptista-José R. Franco da Fonseca, coords.), ed. LTr, São Paulo, 1998, pág. 239; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 69; TÔRRES, Heleno, “Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas”, 2ª edição, ed. RT, São Paulo, 2001, pág. 566.

No obstante ello, Cachapuz de Medeiros recuerda que durante la etapa de elaboración de la carta política de 1988 se presentaron algunos proyectos que establecían la obligación del ejecutivo de ratificar aquellos tratados que versaran sobre derechos humanos y sobre derecho del trabajo, una vez obtenida la aprobación del congreso; sin embargo, ello no fue contemplado en la redacción final de la constitución (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 361 y 363).

²³ Así lo sostiene Bevilacqua cuando afirma que “[a] aprovação do tratado pelo Congresso não o torna executorio. (...) E, trocadas as ratificações, o tratado se torna obrigatorio” (BEVILAQUA, Clovis, parecer do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores Nº 3, “Retirada do Brasil da Liga das Nações”, Relatório del Ministerio das Relações Exteriores 1926, ed. Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1927, Anexo I-A, pág. 20). También Accioly afirma que la ratificación, o mejor el intercambio de éstas, es lo que completa y da fuerza obligatoria a los tratados (ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, págs. 575 y 594). En idéntica dirección, BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados...”, cit., pág. 93; *del mismo autor*, “Teoría Geral dos Tratados...”, cit., pág. 39; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo...”, cit., pág. 133; *del mismo autor*, “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 468; PARAÍSO ROCHA, Roberto, op. cit., pág. 511.

PROTOCOLO ADICIONAL N° 3, “REFORMATIO IN PEJUS”. 1. A aprovação pelo Congresso de tratado internacional, mediante a edição de decreto legislativo, não basta para fazê-lo vigorar no Brasil, sendo indispensável a sua promulgação pelo Presidente da República, publicando-se no Diário Oficial da União o respectivo decreto presidencial»²⁴.

También la Abogacía General de la Unión (AGU), órgano de asesoramiento técnico-jurídico del Gobierno Federal, ha considerado, en su Parecer AGU/SF-01/2000 –luego aprobado por el Presidente–, que un tratado aprobado sólo por decreto legislativo, faltando su ratificación y promulgación, no está en vigor internamente y por lo tanto no es susceptible de ser aplicado²⁵.

A pesar de estos expedientes existen autores que sostienen la tesis contraria, esto es que una vez dictado el decreto legislativo que aprueba un tratado su texto se incorpora al derecho interno y se torna obligatorio²⁶. Ives Gandra considera que la dicción “a referendo” que figura en el inc. VIII del art. 84 de la constitución, que en los textos anteriores era reemplazado por la frase latina “*ad referendum*”, ha de ser interpretada en el sentido de que firmado un acuerdo internacional por el ejecutivo, éste adquiere en el ordenamiento interno “*imediate vigência...*, sujeito a

²⁴ Sentencia STJ, 2ª turma, REsp 157.561/SP, rel. Min. CARLOS A. MENEZES DIREITO, 17.12.98 (DJU 08.03.99; ementa; ver también voto Min. rel. párrs. 3º a 12º y 19º. En este asunto se invocaba la Convención de Varsovia sobre Transporte Aéreo Internacional de 1925 –promulgada por decreto 20.703/1931–, alterada por el Protocolo de La Haya –promulgado por decreto 56.463/1965– y el Protocolo Adicional N° 3 –sólo aprobado por decreto legislativo 22, 05.06.1979, pero aún no promulgado ni ratificado por el Ejecutivo); igualmente sentencias STJ, 2ª turma, REsp 160.126/SP, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 22.08.00 (DJU 26.03.01; ementa N° II y III, y voto Min. rel. párrs. 9º y 10º); 2ª turma, REsp 240.078/SP, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 13.03.01 (DJU 27.08.01 pág. 327; ementa IV; y voto Min. rel. párrs. 15º a 17º, y voto Min. A. De Pádua Ribeiro párr. 3º); 4ª turma, REsp 286.069/SP, rel. Min. BARROS MONTEIRO, 07.08.01 (DJU 19.11.01; ementa y voto Min. rel. párrs. 2º a 5º).

²⁵ Concretamente la AGU sostuvo en dicha oportunidad que «(... de forma alguma, pode o Decreto Legislativo ser tido como marco do início da vigência e da eficácia interna do ato internacional, pois após autorizado pelo Poder Legislativo, pode o Presidente da República desistir ou se negar a ratificar o acordo internacional, de modo que, nesse caso, este nunca teria aplicabilidade nem interna, nem internacionalmente)...», a lo cual agregó a su vez que «[p]ortanto, o momento exato do início da vigência mesmo internacional do Regulamento de Melbourne não é a data do depósito, pela República do Brasil, da Carta de Ratificação do Tratado de Nairobi em 31 de janeiro de 1990, como defende um dos Pareceres apresentado pelas Recorrentes, nem tão pouco a data de publicação do Decreto Legislativo n° 55, que aprovou o mesmo Tratado em 5 de outubro de 1989, como imaginam outros Pareceres contratados pelas interessadas, mas a partir de 1º de julho de 1990» [AGU, Parecer N° SF-01/2000, asunto: incidência do Imposto de Renda - tráfego telefônico - cisão da Telebrás - Embratel, Consultor de la Unión Oswaldo O. de P. Saraiva F., 28.09.00; adoptado por Gilmar Ferreira Mendes, Abogado General de la Unión, por Parecer N° GM-12, 16.10.00, y aprobado por el Presidente de la República, por despacho de 30 de octubre de 2000 (DOU 01.10.00, sección I; §§V:91 y VI:124, ver también §§V:99 y 100). Disponible en el sitio de la Presidencia: <http://www.presidencia.gov.br> - visitado el 16.05.2002. En adelante: AGU, Parecer N° SF-01/2000.

²⁶ Así por ejemplo la opinión de REALE, Miguel, “Aplicação da Convenção de Paris no Brasil”, *Conferencia inaugural* en el Congreso de la Asociación Brasileña de Propiedad Industrial, 9 y 10 de agosto de 1982, Rio Janeiro, publicada en Anais do Congresso, ed. ABPI, Rio Janeiro, 1984, págs. 21 y 22.

confirmação futura” del congresso, por lo que es posible reconocer su aplicabilidad provisoria, “deixando de ter validade ‘ex nunc’ apenas se não referendado” por el órgano legislativo. Para llegar a tal afirmación, el autor repara en que los incs. XIX (declaración de guerra) y XX (celebración de acuerdos de paz) del mismo artículo utilizan también el término “a referendo” como contrapuesto al de “autorización”; mientras éste hace alusión a una manifestación legislativa *previa*, la construcción “a referendo” denota una aprobación congressional dada *a posteriori*. Ello resulta confirmado, continúa Gandra, por el propio art. 49, I, que otorga al legislador la competencia privativa de resolver definitivamente sobre los tratados, es decir transformar la “‘eficácia precária e provisória’ do acordado pelo presidente em ‘eficácia definitiva’ ”²⁷.

El trámite continúa luego ante el poder ejecutivo el cual podrá ejercer su facultad para obligar internacionalmente al Estado ante el resto de las partes contratantes, haciendo saber a través de la ratificación que Brasil se compromete a cumplir el tratado.

El jefe de gobierno tiene siempre potestad para instrumentar o no la ratificación. En este sentido la Convención de La Habana establece en su art. 7° que “[I]a falta de ratificación o la reserva, son actos inherentes a la soberanía nacional, y como tales, constituyen el ejercicio de un derecho que no viola ninguna disposición o buena forma internacional. En caso de negativa, esta será comunicada a los otros contratantes”²⁸.

La ratificación y su consiguiente depósito, o el cumplimiento de la formalidad alternativa que se haya pactado en el acuerdo, completa las etapas necesarias para que quede perfeccionado el compromiso internacional del Estado de cumplir el tratado²⁹; cumplimiento que, principalmente en los tratados de naturaleza

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Orientação da União para Não-Pagamento de Imposto de Renda antes de Processo de Privatizações e Ação Fiscal Posterior à Privatização – Princípios da Eficácia dos Tratados Internacionais – Princípio da Convivência de Leis Especiais e Gerais”, Revista Dialética de Direito Tributário N° 54, 2000, págs. 113 a 116 y 121.

²⁸ Convención sobre Tratados de La Habana, de 20 de febrero de 1928 [texto en “Sistema Interamericano” (F. V. García-Amador, compil.-anotac.), ed. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos-Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, 1981, pág. 333]; en vigor desde el 29 de agosto de 1929. La Convención fue firmada por el gobierno y entró en vigor para Brasil el 29 de agosto de 1929, fecha en la que fue depositado el instrumento de ratificación en la Unión Panamericana, y fue promulgada por el decreto 18.956, 22.10.1929. La misma aún continúa en vigor para Brasil.

A su vez, con las reservas reseñadas anteriormente, según la Convención de Viena “se entiende por ‘ratificación’,..., el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (art. 2, 1.b).

²⁹ ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 577; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo...”, cit., pág. 134; *del mismo autor*, “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 469; NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugênia, op. cit., págs. 2 y 6. Para Rocha la ratificación es lo que torna obligatorio el tratado, es decir el acto que le imprime su fuerza jurídica (PARAÍSO ROCHA, Roberto, op. cit., pág. 511).

multilateral, o aún en los de carácter bilateral cuando así se haya establecido, será obligatorio a partir del momento fijado en el propio convenio. Así por ejemplo, en los tratados multilaterales suele exigirse que las ratificaciones alcancen determinado número de Estados contratantes, o aún alcanzado éste deba correr un plazo establecido.

Agotadas las etapas descriptas el acuerdo, desde el punto de vista internacional, entra en vigor con lo que su ejecución puede ser judicialmente demandada ante los estrados competentes. A partir de este momento las Partes están obligados a observar los compromisos a su cargo.

No obstante lo apuntado, los conflictos en el derecho brasileño se presentan en la esfera interna. Según la mayoría de la doctrina la vigencia interna de los acuerdos internacionales, es decir la posibilidad de su invocación frente a las autoridades públicas y a los particulares, no puede aún tener lugar; resulta imprescindible cumplir un paso procedimental adicional, a saber la promulgación del acuerdo por decreto del presidente y su publicación en el Diario Oficial de la Unión³⁰. La promulgación se traduce en la orden del ejecutivo de aplicar las normas del convenio internacional en el ámbito del derecho interno. En palabras de H. Accioly, la promulgación puede definirse “como sendo o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o govêrno de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por êle celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclussão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal. [...] Em suma, parece-nos poder afirmar-se que, com a promulgação, expressa ou tácita, o que se busca é determinar a aplicação do tratado no ordem interna”³¹. El mismo autor agrega que, más que darle carácter obligatorio al tratado en el marco del derecho nacional, la promulgación “parece-nos mais acertado dizer que é a de tornar o tratado *executório*, na ordem interna”³².

³⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo, “Inserção das normas do Mercosul no direito brasileiro”, en “O direito internacional no terceiro milênio”, cit., págs. 392 y 393; *del mismo autor*, “Aplicação das normas do Mercosul no Brasil”, RDM 1998-5, 31 a 33; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo...”, cit., pág. 134; *del mismo autor*, “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 470; MANICA, Sérgio Afonso, “Estructura orgânica do Mercosul”, RDM 2000-2, 243 a 244; RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur. Integración y derecho”, ed. Intercontinental-Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 515.

³¹ ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, págs. 602 a 603; igualmente, NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, María de Fátima, “O Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) no Mercosul e os Direitos Fundamentais”, Anais das XX Jornadas do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), ano 2000 – dezembro, Salvador, Bahía, ed. Associação Brasileira de Direito Financiero (ABDF), pág. 691; RIBEIRO, María de Fátima, “Supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do Mercosul”, Revista Jus Navigandi N° 35, 2002, pág. 6; extraído del sitio de Jus Navigandi: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1630> – visitado el 12.06.2002.

³² ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 602, nota a pie de página N° 2. La cursiva pertenece al original.

Junto al decreto presidencial de promulgación³³ se anexa el texto completo del instrumento internacional.

La publicación tanto del decreto del presidente como del tratado, además de cumplir una exigencia propia de los principios generales del derecho (publicidad de los actos de gobierno), se encuentra establecida en el decreto 96.671/88 que encomienda al Ministerio de Justicia la publicación de los actos oficiales del Estado que en él se detallan³⁴, entre los cuales se incluyen los “tratados, convenciones y otros actos internacionales aprobados por el Congreso Nacional”³⁵. El decreto prescribe en el art. 3º, II, del anexo, que “[s]on obligatoriamente publicados, íntegros, en el ‘Diario Oficial’:... los tratados, las convenciones y otros actos internacionales aprobados por el Congreso Nacional y los respectivos decretos de promulgación”.

Luego de haber sido observados todos los pasos que se han reseñado los acuerdos externos resultan de aplicación obligatoria en la esfera del derecho nacional.

ii) Vigencia internacional y vigencia interna

La cuestión últimamente tratada, acerca de la exigencia de la promulgación presidencial de los acuerdos internacionales, se vincula con el siguiente interrogante ¿existe diferencia, según el ordenamiento brasileño, entre la vigencia internacional y la vigencia interna?

³³ Un ejemplo de decreto promulgativo suele tener la siguiente estructura:
 “EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, en uso de la atribución que le confiere el art. 84, inciso VIII, de la Constitución,
 Considerando [...]

 DECRETA:
 Art. 1º El [Tratado]..., firmado en..., el..., de..., anexo en copia a este Decreto, deberá ser ejecutado y cumplido tan enteramente como en él conste.
 Art. 2º Este Decreto entra en vigor en la fecha de su publicación.
 Brasilia,... de... de...; 179º de la Independencia y 112º de la República.
 [PRESIDENTE]
 [Ministro de las Relaciones Exteriores]”.

En algunas ocasiones se incorpora seguidamente al artículo primero un párrafo con el siguiente tenor:
 “Art. 2º Están sujetos a la aprobación del Congreso Nacional cualquier acto que pueda resultar en revisión del referido ... [Tratado], así como cualquier ajuste complementario que, en los términos del art. 49, inciso I, de la Constitución Federal, acarreen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional”.

Se ha tomado como base meramente ejemplificativa el Decreto 3.602, 18.09.2000, que promulga el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, firmado en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996, y su Anexo, firmado en Asunción, el 18 de junio de 1997 (DOU 19.09.00).

³⁴ Decreto 96.671, sistematización de las normas relativas a la publicación de los actos y documentos oficiales por el Departamento de la Imprenta Nacional del Ministerio de Justicia, 09.09.1988 (Lex ano LII, 3º trimestre de 1988, pág. 596).

³⁵ Decreto 96.671/88, anexo, art. 1º, II.

Para establecer la entrada en vigor de un tratado ha de estarse, primeramente, a lo estipulado en el propio texto del acuerdo. Es decir, en principio, los tratados son autosuficientes en cuanto a las reglas que regulan su entrada en vigencia, modificación, terminación, reservas, renuncia, retiro, etc. Ahora bien, faltando disposiciones al respecto, esta laguna normativa ha de colmarse con la observancia de la práctica recíproca de los Estados en cuestión, de la costumbre internacional en la materia, o de la Convención de Viena de 1969 que condensa en su articulado los principios consuetudinarios sobre el derecho que regula los acuerdos internacionales³⁶.

La vigencia es regulada por el instrumento internacional, bien sea de manera explícita legislando sobre el mecanismo de entrada en vigor, o bien remitiéndose al derecho consuetudinario bilateral de los Estados partes o universal, o a la Convención de Viena. Siempre será el derecho internacional la fuente primera a la que ha de estarse para establecer el comienzo de la ejecución del tratado.

El sistema aceptado en el derecho interno de Brasil distingue claramente dicho momento —que se da en la esfera internacional— de aquél a partir del cual el acuerdo inicia su vida jurídica en el ordenamiento nacional.

Así al no coincidir el momento de entrada en vigencia internacional y el de inicio de la vigencia interna, que según el derecho brasileño acontece con la emisión y publicación del decreto de promulgación, pueden surgir inconvenientes ante la necesidad de aplicar las normas de un acuerdo internacional. Para un ejemplo práctico, entre muchos, puede citarse el caso de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias (de 7 de junio de 1930). Brasil adhirió a la Convención en 1942 por nota de su Legación en Berna (que la declaraba “en vigor” para Brasil a partir del 26.11.1942)³⁷. Sin embargo, los trámites internos para la vigencia no se realizaron sino recién entre los años 1964 y 1966; a saber, aprobación por decreto legislativo 54/1964 (8 de septiembre) y promulgación por decreto 57.663/1966. La Convención establece en su art. 2º que no será de aplicación a las letras y notas promisorias datadas antes de su entrada en vigencia. Llegado un caso ante el STF, el Min. relator, de oficio, tuvo por no aplicable la Convención atento a que la letra de cambio ejecutada había sido emitida y vencida en 1965:

³⁶ Convención de Viena, art. 24 “1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa”; ver también en forma concordante, los arts. 2, 1 (b), 11 a 17 y 25.

³⁷ Según puede leerse en el acto que manda ejecutarla: decreto 57.663, promulgación de las Convenciones para la adopción de la Ley Uniforme en materia de letras de cambio y notas promisorias, 24.01.1966 (DOU 31.01.66, rectificado en DOU 02.03.66).

«NOTA PROMISSÓRIA. As Convenções de Genebra entraram em pleno vigor no direito pátrio com o Decreto 57.663/66, as promulgou. Tôdas as ações contra o aceitante, relativas a letras, prescrevem em três anos a contar de seu vencimento, o que é também aplicável às notas promissórias (arts. 70 e 77, alínea 7ª, da Lei Uniforme). Não se conhece do presente recurso em razão do art. 2º, dispondo que a Lei Uniforme não será aplicável no território de cada umas das nações contratantes às letras e notas promissórias já emitidas à data da entrada em vigor da Convenção»³⁸.

Por cierto que la vigencia interna, aún cuando pueda no coincidir con la producida en el ámbito internacional, nunca puede entenderse como previa a esta última. En otras palabras, una vez que el instrumento ha entrado en vigor internacionalmente, podrá tener lugar la vigencia interna; por ello ésta puede ser posterior a la primera pero nunca, según el ordenamiento brasileño, en el orden inverso.

Los problemas se originan en los supuestos en que depositado el instrumento de ratificación y habiendo entrado en vigor internacionalmente, el tratado no puede ser invocado o tenido en cuenta por el juez interno por la falta del decreto de promulgación correspondiente. Ello ha sido confirmado por la jurisprudencia tradicional del Supremo Tribunal Federal, quien ha tenido oportunidad de dejar sentado que la aprobación (congreso nacional) y la *promulgación* (poder ejecutivo) de los actos internacionales son presupuestos *indispensables* para la propia aplicabilidad del convenio internacional en el ámbito interno³⁹. Según esta misma doctrina judicial, que ha sido utilizada aún frente a un supuesto de invocación de normas de derecho del Mercosur originario (Protocolo sobre Medidas Cautelares), un acuerdo internacional que no ha sido incorporado al derecho interno por falta de promulgación por decreto del Presidente, aún cuando se haya depositado su instrumento de ratificación, no es susceptible de ser aplicado por el juez nacional. Tan sólo a partir de la emisión y posterior publicación del mencionado decreto el tratado obliga y vincula en el derecho interno⁴⁰.

³⁸ Sentencia STF, Pleno, RE 70.356/MG, rel. Min. BILAC PINTO, 19.05.1971 (RTJ 58/744; ementa y voto Min. rel. párrs. 9º a 13º, acompañado por el Pleno).

Otro ejemplo se dio en el RE 81.704/RJ, en el cual la Corte Suprema no aplicó el art. 52 (plazo de prescripción de la acción ejecutiva) de la Ley Uniforme a un cheque emitido en 1965. Para así entender, el tribunal recordó que según el art. 2º del tratado “[l]a Ley uniforme no será aplicable en el territorio de cada una de las Altas Partes Contratantes a los cheques ya emitidos a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención”; y que la entrada en vigencia de la Convención en Brasil tuvo lugar una vez emitido el decreto de promulgación (1966) y no antes, con la vigencia internacional (1942) [sentencia STF, 2ª turma, RE 81.704/RJ, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, 12.09.1975 (RTJ 76/637; ementa y voto Min. rel. párrs. 3º a 5º)].

³⁹ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 04.09.97 (DJU 18.05.01; voto Min. rel. párr. 65º, ver también párrs. 61º y 64º).

⁴⁰ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 61º a 66º).

Según algunos pasajes de las decisiones del STF ni aún con la sanción del decreto presidencial de promulgación es posible considerar que el tratado obliga en el orden nacional, sino que hace falta, además, su publicación⁴¹.

La falta de identidad temporal entre el depósito del instrumento ratificatorio y la promulgación presidencial produce una “brecha” en la aplicación externa e interna de la norma internacional, lo que provoca no pocos ni menores inconvenientes para los particulares⁴².

Para la doctrina del Supremo Tribunal, la constitución nacional es la única norma competente para establecer y regular la cuestión sobre el momento de la vigencia interna de un tratado internacional⁴³.

Esta misma jurisprudencia mantiene que según las disposiciones de la carta fundamental el acto de incorporación de los tratados al derecho interno es distinto del instrumento de ratificación, por lo que es insuficiente alegar la mera existencia de este último, pues no basta por sí sólo para promover la incorporación automática al ordenamiento del Estado⁴⁴.

El origen de la exigencia de la promulgación, como *conditio sine qua non* para la aplicabilidad interna del derecho convencional, se hace descansar en la *constitución nacional*⁴⁵.

⁴¹ «Refiro-me à aplicabilidade, ou não, ao caso ora em exame, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia/1980), com vigência, no Brasil, desde 17/04/2000, data da publicação do ato que a promulgou (Decreto nº 3.413, de 14/04/2000)»; «... tendo em vista as razões expostas, determino às partes (a) que informem, mediante exibição da respectiva certidão e de outros documentos que reputarem essenciais, a fase processual em que se acha, presentemente, o processo instaurado perante a Justiça Estadual de Goiás, e (b) que se pronunciem sobre o teor do presente despacho, notadamente sobre a eventual aplicabilidade, ao caso ora em exame, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia/1980), com vigência, no Brasil, desde 17/04/2000, data da publicação do ato que a promulgou (Decreto nº 3.413, de 14/04/2000), e, em especial, sobre a incidência dos Artigos 13, 16, 17 e 20 do tratado multilateral em questão» [sentencia STF, Decisão Monocrática, SED 5.778/EU, rel. Min. CELSO DE MELLO, 12.05.00 (DJU 19.05.00 pág. 28; voto Min. rel. párrs. 25º y 31º)]. En el mismo sentido AGU, Parecer Nº SF-01/2000, cit. (§V:92 y 100, ver también §§V:93 y 101, y VI:133).

⁴² Al respecto la AGU ha sostenido que aún en el supuesto en que se haya depositado la ratificación y entrado en vigor internacionalmente, sin promulgación el tratado no puede ser aplicado en Brasil: «Vale ainda reprimir que quando o Decreto Nº 2.962/99 expressa que o Tratado de Genebra entra em vigor para o Brasil na data do depósito de sua ratificação em 19 de outubro de 1998, e após diz que este Decreto entrará em vigor da data de sua publicação, quer significar que o dia 19 de outubro de 1998 é data da entrada em vigor internacional do Tratado para o Brasil. Internamente, o Tratado de Genebra entrou em vigor na data de publicação do Decreto promulgador em 24 de fevereiro de 1999.» [AGU, Parecer Nº SF-01/2000, cit. (§VI:133, y §V:98 y 101)].

⁴³ «É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 1º, párr. 1º; así también voto Min. rel. párrs. 54º y 57º)]. Ver también AGU, Parecer Nº SF-01/2000, cit. (§V:86).

⁴⁴ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párr. 52º y 55º, confirmado por el Pleno).

⁴⁵ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 1º, párr. 2º; ver voto Min. rel. párr. 58º). De la misma opinión participa la AGU en Parecer Nº SF-01/2000, cit. (§V:96).

El acierto de esta afirmación, sin embargo, ha sido rebatido por prestigiosos ius publicistas internacionales brasileños. Así por ejemplo, Rezek (ex ministro del STF y actual juez de la CIJ) sostiene que el decreto de promulgación “não constiuí reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império”, no obstante, agrega que “vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado” y para que éste “se introduzca no ordem legal, e opere desde o momento próprio”⁴⁶. A su vez, Grandino Rodas acrecienta que la práctica de Brasil, en lo que hace a la expedición del decreto de promulgación tiene sus raíces “após a Independência” cuando el Estado “continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo”, confirmando, además, que “[e]mbora as Constituições brasileiras da República não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantida”⁴⁷.

Otro de los fundamentos hecho valer a fin de justificar la promulgación, es que asegura la observancia del principio general de derecho sobre *publicidad* de los actos de gobierno⁴⁸. Ello se explica al observarse que el decreto presidencial se publica en el DOU, conjuntamente con el texto completo del convenio internacio-

⁴⁶ REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 84. Así también, BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados...”, cit., pág. 93; *del mismo autor*, “Teoria Geral dos Tratados...”, cit., pág. 39; KANDLER, Lise de Almeida, “O efeitos das normas do Mercosul no ordem jurídica Brasileira”, *tesis doctoral* presentada en el Departamento de Derecho del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, São Paulo, 1998, pág. 217.

La misma opinión, respecto a las Decisiones del CMC, es defendida por OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía, “La comprensión del concepto de Derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”, *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas* N° 16, serie internacional VI, julio - diciembre 1996, ed. Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, pág. 135.

⁴⁷ RODAS, João Grandino, op. cit., pág. 323. Igualmente, BASTOS, Carlos E. Caputo, “O proceso de integração do Mercosul...”, cit., pág. 66. Según informa Câmara el primer acuerdo internacional que fue objeto de un acto de promulgación fue el Tratado de Reconocimiento de la Independencia del Imperio, firmado en Portugal el 29 de agosto de 1825 y promulgado por decreto de 4 de abril de 1826 (CÂMARA, José Sette, “A Conclusão dos Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro”, BSBDI, anos XXXIX a XLI, N° 69-71, 1987/1989, pág. 69).

Cachapuz de Medeiros, no obstante reconocerle a la promulgación los mismos orígenes, alega que la base constitucional puede hallarse en los arts. 5º, II (principio de legalidad), y 84, IV (competencia privativa del presidente para sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes) de la constitución (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 470).

M. Reis, luego de reparar también en la falta de exigencia del acto promulgativo de acuerdo al texto de la constitución formal, mantiene que el fundamento normativo se encuentra, sin embargo, en la constitución material, es decir en la costumbre que data desde la época del Imperio; de esta manera el requisito de la promulgación encontraría respaldo en el texto de la carta fundamental y éste, a su vez, es la fuente de valides de la LICC (Ley de Introducción al Código Civil; decreto-lei 4.657, 04.09.1942; DOU 09.09.42) y del decreto 96.671/88, que mencionan el acto de la promulgación presidencial (REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais”, ed. Renovar, Río de Janeiro, 2001, págs. 94 a 97).

⁴⁸ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. [ementa apart. 1º, párr. 3º (b); así también voto Min. rel. párr. 61º].

nal⁴⁹. De esta manera la función adicional del decreto viene dada por la publicidad del contenido del acuerdo internacional, como consecuencia de su inserción en el boletín oficial en forma de anexo del acto de promulgación.

Ahora bien, este argumento presenta dos puntos de posible rebate. Por un lado, la publicidad de los convenios internacionales tiene lugar durante el trámite de aprobación en el congreso. En efecto, si bien es cierto que el decreto legislativo correspondiente, que se incluye en el Diario del Senado Federal (DSF), no contiene el texto del tratado en cuestión, no lo es menos que el Proyecto de decreto legislativo que se publica en el mismo diario anexa la versión íntegra del acuerdo internacional; por esta razón el tratado ha sido previamente publicitado mucho antes de la inclusión del decreto de promulgación en el DOU⁵⁰.

Por el otro, la cuestión de la publicidad puede ser solucionada a través de una reforma de la Ley de Ministerios, encargándose a la Cancillería o al Ministerio de Justicia, la publicación obligatoria de un aviso oficial sobre la entrada en vigencia internacional de los tratados firmados por el ejecutivo, aprobados por el legislativo y cuyo instrumento de ratificación haya sido depositado (o cumplido el mecanismo que se haya pactado a tal fin). Esto último, además de respetar no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica –en especial para los particulares–, evita que los operadores jurídicos, entre ellos los jueces, tengan la incertidumbre de si un acuerdo internacional promulgado por el presidente ha entrado en vigor en la esfera internacional. Resulta lógico pensar que ante la norma de promulgación los jueces nacionales apliquen las disposiciones del convenio internacional que, sin embargo, puede no haber entrado aún en vigor internacionalmente. Un sistema similar funciona en la Argentina (será tratado *infra*).

Es oportuno recordar que según el art. 4º de la Convención de La Habana “[l]os tratados serán publicados inmediatamente después del canje de las ratificaciones” y la ausencia de tal operación, según la misma norma, “no afectará la vigencia de los Tratados, ni la exigibilidad de las obligaciones contenidas en ellos”⁵¹.

⁴⁹ Accioly sostiene al respecto que “[e]m todo caso, é só com a publicação, como é natural, que o tratado pode ser verdadeiramente aplicado, pois os agentes do poder público, em geral, e os tribunais, em particular, bem como os simples cidadão porventura interessados na execução do tratado, são reputados ignorantes de seu texto” (ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 603).

⁵⁰ Véase sólo a manera de ejemplo, el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur (concluido en San Luis, Argentina, el 25 de junio de 1996), aprobado por decreto legislativo 259, 15.02.2000, publicado en el DSF, 16.12.00 pág. 25.303. Este decreto había sido objeto del correspondiente Proyecto de decreto legislativo 131/2000 (Nº 387/99, en la Cámara de Diputados), que fue publicado en el DSF, 06.06.00 pág. 11.673 y que incluye el Protocolo a texto completo. Ver también, CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 466.

⁵¹ Cf. ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 601. En relación al Mercosur, Bastos ha propuesto que una futura reforma constitucional reconozca la obligación del Presidente de la República de promulgar en forma inmediata los acuerdos internacionales, una vez cumplido el procedimiento de aproba-

En resumen, la operatividad de la promulgación de los acuerdos internacionales, aprobados por el congreso, vía decreto presidencial, se apoya en una trilogía funcional: (i) como promulgación propiamente dicha (entendida como mandato para la ejecución); (ii) como publicación oficial; y, (iii) como incorporación al derecho interno⁵².

iii) Dualismo y monismo

Una derivación del punto anterior es el tratamiento de la cuestión del monismo y del dualismo en el ámbito del derecho brasileño.

El tratamiento de ambas teorías (monista y dualista), al rebasar los límites de la presente investigación, sólo se limitará a la vigencia de tales posiciones tanto en la opinión de los autores como en la dirección que ha marcado la jurisprudencia.

Lo anterior no obsta el siguiente esclarecimiento preliminar.

1. Las teorías citadas refieren, en esencia, a la opción académica que es preciso utilizar frente a la relación derecho nacional - derecho internacional. La denominada doctrina dualista considera que ambos órdenes normativos, nacional e internacional, se desarrollan separadamente, cada uno con su propio ámbito de aplicación y de validez temporal y personal, y su sistema de sanciones para los supuestos de incumplimiento⁵³. Ello conlleva que, cada ordenamiento se vea impedido, por su propia esencia y eficacia, de aplicarse en las parcelas que son regladas por las disposiciones del otro.

Por el contrario, la tesis monista, partiendo de la consideración del ordenamiento jurídico como un todo, único en su tratamiento y en su desarrollo práctico,

ción legislativa (BASTOS, Carlos E. Caputo, "O processo de integração do Mercosul...", cit., pág. 68 s.); también Fontoura ha defendido esta solución (FONTOURA, Jorge, "Asimetrías constitucionales en el Mercosur", Informativo Mercosul N° 10, ano IV, 1999, ed. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul - Representação Brasileira, págs. 5 a 10; recogido del sitio de la Câmara de Deputados - Comisiones - Mixtas Permanentes: <http://www.camara.gov.br/> -visitado el 02.05.2002, punto 6).

⁵² Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 1º, párr. 3º; en igual sentido, voto Min. rel. párr. 61º).

⁵³ En el ya citado parecer de la AGU 01/2000 se expresa que los actos y tratados internacionales tienen dos ámbitos de vigencia y eficacia, uno nacional y otro internacional: «*As normas de tratados, convenções ou de atos internacionais possuem dois âmbitos de vigência e eficácia: internacional e interno (no País).*», «*Para que possa incidir e ser aplicada plenamente a norma internacional, tanto deve estar vigente internacionalmente quanto internamente.*», y «*Também fica esclarecido que, quando o Decreto promulgador expressa considerar que o ato internacional entra em vigor para o Brasil na data tal (na data de entrada em vigor internacional do ato ou na data da troca ou depósito do Instrumento de Ratificação) e depois afirma que o Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, quer dizer que a primeira data significa a entrada em vigor internacional do ato para o Brasil, mas a data do início de vigência interna é a data da publicação do Decreto Presidencial.*»: AGU, Parecer N° SF-01/2000, cit. (§V:84, 85 y 101, ver también §VI:133).

desecha la distinción entre los dos órdenes normativos. Ambos sistemas de derecho, nacional e internacional, se aplican, con las particularidades propias de cada uno, a los mismos sujetos y objetos, y sus efectos serán también similares. Tanto en el orden externo como en el interno el ordenamiento jurídico aplicable a un caso determinado será único y uno sólo. La separación entre estos regímenes radica –sólo– en su origen y sanción. En el supuesto del derecho nacional el sistema de producción normativa es de competencia de alguno de los poderes del Estado; mientras que en el ordenamiento externo las fuentes jurídicas surgen, bien a través de acuerdos (derecho internacional convencional), bien a través de la práctica consolidada (derecho internacional consuetudinario), en ambos casos los sujetos con capacidad legislativa serán los Estados y las Organizaciones Internacionales.

2. Como toda distinción, ésta posee también una consecuencia que es oportuno resaltar. Así para los autores dualistas será necesario para la vigencia del derecho internacional en el ámbito del derecho nacional su recepción previa por este último. Ello tiene lugar a través de distintos mecanismos, que mantienen la compartimentación de ambos ordenamientos: transposición, recepción, internalización, incorporación, etc. Consecuentemente un convenio internacional aprobado y ratificado necesita, además de su vigencia internacional, su nacionalización o introducción al derecho nacional. El derecho internacional vigente en su ámbito propio como tal se transforma en el orden interno en derecho nacional, es decir ocurre una mutación en cuanto a su naturaleza. (a) Celebración y firma, (b) aprobación, (c) ratificación y depósito (o medio alternativo), e (d) incorporación, se reconocen como pasos sucesivos e imprescindibles para que un tratado concertado y (e) en vigor en la esfera externa sea de aplicación obligatoria por las autoridades nacionales.

Por su parte, la posición monista, de acuerdo a la consideración unitaria del derecho, no exige ningún mecanismo de transposición de las disposiciones del derecho internacional en el ordenamiento interno. El derecho es uno y único y como tal se debe cumplir. Las normas, por lo tanto, no pierden su naturaleza resultando de aplicación como tal, es decir como derecho internacional (convenios, costumbre, etc.). Consecuentemente, (a) celebración y firma, (b) aprobación, (c) ratificación y depósito (o medio alternativo) y, por último, (d) entrada en vigencia según lo estipulado por el propio acuerdo, constituyen las etapas necesarias para su invocabilidad y cumplimiento, cualquier sea el marco normativo en el cual se lo alegue.

3. Otra de las consecuencias resultantes del diverso tratamiento que realizan las teorías dualista y monista hace a la manera en que cada una encara las vinculaciones entre ambos órdenes normativos, en particular en los supuestos en los que las disposiciones de ambos sean incompatibles entre sí.

Para la vertiente monista el punto en discusión se presta a una solución más compleja. Al constituir el mundo jurídico un campo en el cual tanto el derecho interno como el de origen internacional deben convivir, los supuestos de conflictos se presentan al existir dos disposiciones de ambos órdenes irreconciliable entre sí. Surgen aquí varias versiones de la tesis monista. De un lado (1) se encuentra la posición que otorga primacía sin reservas al derecho internacional; y por el otro, en la dirección contraria, (2) los autores que mantienen la prevalencia del derecho interno de naturaleza constitucional e infraconstitucional. Surge entre ambos (3) la opinión de los monistas moderados que resuelven las hipótesis de conflicto, en principio, con la aplicación prevalente del primero, salvo en el caso en el que la norma interna en juego sea la constitución del Estado, en cuyo extremo, será ésta la que deberá ser salvada aún a costa del ordenamiento internacional; y aún podrían mencionarse también dentro de la misma doctrina, (4) aquellos autores que consideran, en especial respecto a las normas internas de rango legal, que ambos sistemas jurídicos se encuentran jerárquicamente en el mismo escalón normativo, por la cual ante la ocurrencia de incompatibilidades, por aplicación del principio general de sucesión normativa, se deberá estar a la disposición última en el tiempo.

Una diferencia primaria entre dualistas y monistas, en lo que refiere al tratamiento de la presente cuestión, es que para los primeros las hipótesis de conflicto, en términos precisos, no se presentan como ordenamientos enfrentados, en razón de que al necesitar el ordenamiento externo de la previa internalización al derecho nacional, las incompatibilidades no resultarían sino una vez que se realice tal operación normativa; en consecuencia, la coexistencia de disposiciones de ambos órdenes, aún cuando resulten incompatibles, no ocasionaría conflicto alguno desde que, al estar uno y otro en estancos separados e impedidos de cualquier clase de “comunicación”, su aplicabilidad ocurre en esferas diferentes. No existe contacto normativo, no existe conflicto.

Ahora bien, la escuela dualista es susceptible, según las ramas, de adoptar las siguientes posiciones. De un lado, (a) la opción que atendiendo a la exigencia de nacionalizar la norma internacional a los fines de su vigencia a nivel interno y con ello la consecuente mutación de su naturaleza jurídica, resuelve los supuestos de incompatibilidades a través del principio de la *lex posteriori*, o de la jerarquía normativa, pues en estos casos la inconsistencia jurídica tiene lugar entre dos disposiciones del derecho interno. Otra versión dualista mantiene que, sin perjuicio de la necesidad de la incorporación de las normas externas, tal circunstancia, en el fondo, no altera la ontología internacional de la disposición, con lo cual su vigencia en el ámbito local será respetando su origen y esencia; ello puede conducir, al igual que en caso anteriormente citado, a posiciones que van desde (b) la preeminencia del derecho in-

ternacional sobre el nacional, sea éste anterior o posterior, y sin reserva de rango (c) o exceptuando las disposiciones de alcance constitucional (d).

En el caso de las dos teorías los autores dejan a salvo que la aplicación práctica de las distintas posiciones reseñadas no prejuzga acerca de la responsabilidad del Estado por el ilícito internacional en el cual estaría incurriendo al negarle vigencia a un tratado, acuerdo, convenio o práctica general, en defensa de su ordenamiento interno.

4. Una precisión que, a tenor de la reiteración con la que se la menciona, resulta oportuno dejar sentado desde ahora es la siguiente: la opción por dar preeminencia a uno u otro ordenamiento en los supuestos de conflicto, sea al sistema normativo interno o al internacional, es una cuestión distinta a la manera en que se encara y se soluciona la problemática de las relaciones entre ambos. En otras palabras, el dualismo y el monismo resultan independientes de la circunstancia de dar primacía a uno u otro ordenamiento. Así por ejemplo, puede adoptarse una posición monista y, en los casos de conflicto, otorgarse aplicación prevalente al ordenamiento interno. No se adopta una posición monista por dar prevalencia al orden internacional, ni dualista por defender la posición contraria.

En Brasil uno de los primeros pronunciamientos que trató esta cuestión –implícitamente– fue el RE 24.006/DF (1954), en el cual la 2ª sala del Supremo adoptó la solución propiciada por el presidente y relator del expediente, ministro O. Nonato. En su dictamen el magistrado mantuvo que «[d]o ponto de vista do direito interno de cada país, os tratados, diz Despagnet, desde que ratificados e aprovados, são verdadeiras leis, derogam o direito e podem autorizar o recurso em casação (pouvoir en cassation) "...», por lo que «... impunha-se o recurso extraordinário para o caso de vulneração da letra do tratado, observando Bielsa para o direito argentino: "Los tratados con otro Estado son actos emanados de la soberanía nacional y tienen todos los atributos de la ley formal. Pueden tener también los de la ley en sentido material –y es así casi siempre– cuando crean, modifican o extinguen derechos o garantías"»⁵⁴. Como se ve el pasaje del fallo considera a los tratados como fuentes de derecho autónomas de las fuentes nacionales y, además, una vez en vigencia dotados de poder para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas en el ámbito nacional.

Es pertinente mencionar también el voto del relator, ministro D. Falcão, en la REP 803/DF (1977), en el cual consideró que «[d]evo assinalar, de início, que as regras acolhidas em Tratado ou Convenção, ratificadas por força de preceito

⁵⁴ Sentencia STF, 2ª turma, RE 24.006/DF, rel. Min. OROZIMBO NONATO, 09.04.1954 (Aud. de Publ. 02.04.54; voto Min. rel. párrs. 5º y 6º, confirmado por la turma).

constitucional (no caso art. 66, inc. I, da Constituição de 1946) passam a integrar a legislação interna»⁵⁵.

Estas decisiones confirman la posición del máximo Tribunal que como recuerda la doctrina adhirió, desde los primeros años del siglo próximo pasado y hasta bien entrada su segunda mitad, a la posición monista del derecho internacional.

En esta dirección debe destacarse el fallo en pleno de la Corte brasileña dictado en el RE 71.154/PR. Este acuerdo disipa las dudas en cuanto al alcance de las normas convencionales en el ordenamiento interno: «*LEI UNIFORME SOBRE O CHEQUE, ADOTADA PELA CONVENÇÃO DE GENEVRA. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas tem aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.*»⁵⁶. Idéntico entendimiento fue ratificado, también en decisión plenaria, por el *excelso Pretorio* poco tiempo después en el RE 76.236/MG⁵⁷.

Puede afirmarse así que los acuerdos internacionales una vez que han obtenido la correspondiente adhesión de los órganos internos competentes y entrados en vigor internacionalmente, tienen aplicación simultánea en el sistema interno⁵⁸. Repárese en que esta asertiva presupone el acto de promulgación.

⁵⁵ Sentencia STF, Pleno, REP 803/DF, rel. Min. DJACI FALCÃO, 15.09.1977 (RTJ 84/724; voto Min. rel. párr. 2º). Así también el voto del Min. rel. en el RE 113.758/SP: «*...Se se tem como indiscutível que a mercadoria, de que se cogita, está coberta, por lei local vigente, de isenção do ICM, o tratamento igualitário à que seja importada, com reconhecida similaridade, é consequência inarredável do tratado a que o Brasil se vinculou, fazendo de suas cláusulas normas de direito interno...*» [sentencia STF, 2ª turma, RE 113.758/SP, rel. Min. CÉLIO BORJA, 22.09.1987 (RTJ 124/358; voto Min. rel. párr. 10º, la turma acompañó la solución impulsada por el relator)].

⁵⁶ Sentencia STF, Pleno, RE 71.154/PR, rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, 04.08.1971 (RTJ 58/70; ementa). En igual sentido sentencia STF, Pleno, RE 70.356/71, cit.

⁵⁷ «*Promissória - Prescrição trienal da lei uniforme. 1)- O Pleno do Supremo Tribunal Federal já decidiu unânimemente que tem eficácia imediata no país a Convenção Internacional aprovada pelo Congresso em Decreto Legislativo e promulgada por decreto do Presidente da República (RE 71.154, na RTJ 58/70). 2)- A Lei Uniforme sobre Cambiais e Promissórias está vigente no Brasil, porque o Decreto Legislativo nº 54/1964 aprovou, e o Decreto Executivo nº 57.663 de 24/01/66, promulgou a Convenção de Genebra, da qual se originou esse diploma*» [sentencia STF, Pleno, RE 76.236/MG, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, 05.09.1973 (RTJ 67/601; ementa, y voto Min. rel. Nº I, párr. 5º y II, párrs. 1º y 2º)]. Igualmente, sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párr. 59º).

⁵⁸ Pueden citarse también las sentencias STF, 1ª turma, RE 69.873/PE, rel. Min. AMARAL SANTOS, 11.11.1971 (DJU 17.03.72; ementa «*Cambial. Cheques. Aplicação da Lei Uniforme de Genebra. I- As disposições concluídas em Genebra a 7 de junho de 1930 e 19 de março de 1931, aprovadas pelo Decreto-Legislativo nº 54, de 8 de setembro de 1964, e promulgadas pelos Decretos nºs 57.595 e 57.663, de 7 e de 24 de janeiro de 1966, respectivamente, com as reservas ali consignadas, estão em vigor e sua eficácia não se restringe aos atos de caráter internacional, senão que alcança, igualmente, as relações de direito interno.*»; y voto Min. rel. Nº 1, párrs. 1º a 3º. El subrayado es del original); 1ª turma, RE 74.613/SP, rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, 18.06.1973 (DJU 17.08.73; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º, 3º y 4º).

La erradicación de la tesis dualista extrema surge también del citado RE 71.154/PR. En esta oportunidad el voto conductor, confirmado por el pleno, estableció que los tratados internacionales una vez firmados, aprobados (legislativo) y promulgados (ejecutivo), no requieren que el congreso dicte una ley –distinta del acto de aprobación– que reproduzca su texto⁵⁹ para poder aplicarse en el derecho interno⁶⁰. En su dictamen, el relator consideró que si bien es cierto que las distintas constituciones de Brasil no consagraron una disposición explícita, que contemple la eficacia inmediata de los tratados cuando contraríen el derecho interno, no lo es menos que tal principio se encuentra implícito en la constitución⁶¹. Ello demuestra la imposibilidad de afirmar que el derecho brasileño hubiera adherido al dualismo, al menos en su tesis extrema⁶².

No obstante que la doctrina judicial referida se inclina por rechazar el dualismo a ultranza (exigencia de una ley interna, diferente de la norma de aprobación), es posible encontrar en la jurisprudencia del Supremo Tribunal algunos resquicios para la aplicación de una posición dualista que él mismo califica como “moderada”.

En efecto, la ausencia del requisito de una norma específica de incorporación y reproducción del texto internacional, no es óbice para que sea exigible otro tipo de instrumento de internalización. Surge aquí la funcionalidad del decreto presidencial que sigue a la aprobación del legislativo, puesto que la vigencia en el

⁵⁹ Aún antes de los RREEs 24.006/54 y 71.154/71, el entonces ministro del STF P. Azevedo había sostenido la innecesariedad de una segunda ley del congreso que reprodujera el texto del tratado (AZEVEDO, Philadelpho, “Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro”, BSBDI, año I, N° 1, enero - junio 1945, pág. 13). Así también, SÜSSEKIND, Arnaldo, “Influencia de las normas internacionales del trabajo en la legislación brasileña”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 103, N° 3, julio - septiembre 1984, pág. 343.

⁶⁰ Sentencia STF, Pleno, RE 71.154/71, cit. (ver íntegro el voto Min. rel.); lo mismo surge de la decisión STF, Pleno, RE 76.236/73, cit. (ementa y voto Min. rel. que remite reiteradamente al RE 71.154/71); y Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párr. 55°).

⁶¹ Sentencia STF, Pleno, RE 71.154/71, cit. (voto Min. rel.). En forma similar, en dos pasajes de la sentencia emitida en el RE 80.004 se mantuvo que la regla de la aplicación directa de los tratados se encontraba contenida de forma implícita en la constitución nacional: «[n]a espécie, a aplicação direta do tratado se acha autorizada, implicitamente, porque a Constituição não requer para isso ato legislativo pelo qual se estabeleça lei que tenha o mesmo conteúdo do tratado»; «[s]ería indispensável que a Constituição Federal – única apta a regular os limites em que se exerce o Poder legislativo – o estabelecesse, pois, de seu teor, somente se conclui que os tratados, aprovados e promulgados, desde logo passam a integrar o direito interno. E não mais» [sentencia STF, Pleno, RE 80.004/SE, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, rel. p/ acordão Min. CUNHA PEIXOTO, 01.06.1977 (RTJ 83/809; explicación del voto Min. Leitão de Abreu párr. 2°, y voto Min. Rodrigues Alckmin N° 6, párr. 3°, respectivamente)].

⁶² En el RE 80.004/SE varios de los jueces consideraron también que no es exigible ninguna ley especial que contenga el tratado a los fines de su vigencia interna [sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (voto Min. Rodrigues Alckmin N° 6, párr. 1°; 1er. voto Min. Leitão de Abreu N° 2, párrs. 1° y 4° a 6°; voto Min. Cordeiro Guerra párrs. 10° a 15° y 18°, y voto Min. Carlos Thompson Flores N° II.2, párr. 2°)]. En forma más reciente puede citarse en la jurisprudencia del STJ, sentencia 4ª turma, REsp 331.022/RJ, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 07.03.02 (DJU 06.05.02; ementa y voto Min. rel. N° 2°).

ordenamiento del Estado de las normas convencionales externas exige su *previa incorporación* al derecho interno, para lo cual no resulta necesario una ley del congreso sino el acto promulgativo del ejecutivo.

A la hora de justificar esta formalidad la Suprema Corte se remite a las disposiciones de la constitución nacional. En su opinión, la Carta obliga a la recepción del derecho internacional, no existiendo la posibilidad para reconocerle operatividad inmediata⁶³. Las mismas reglas constitucionales, según el Alto tribunal, distinguen entre el acto de ratificación (que presupone la aprobación congressional) y el instrumento que lleva a cabo la recepción normativa; la sola presencia del primero es insuficiente para operar la recepción automática de los tratados⁶⁴.

El sistema constitucional de 1988, agrega el STF, construye el procedimiento de la entrada en vigor de los acuerdos internacionales a partir de un *acto subjetivamente complejo*, en el cual participan en pie de igualdad ambos poderes, Ejecutivo y Legislativo⁶⁵.

El verdadero alcance del cumplimiento de este ítem procedimental se comprende en cuanto se repara que la jurisprudencia lo ha considerado como *«pressuposto indispensable da propia aplicabilidade, no plano interno, da convenção internacional»*⁶⁶. La falta de uno de ellos obsta la incorporación al derecho interno, aún cuando se haya depositado el instrumento de ratificación. Sólo a partir de la emisión del decreto presidencial el tratado obliga y vincula en el derecho interno⁶⁷.

Una cuestión diferente que, en principio, no hace a la discusión entre monismo y dualismo, es la relativa a los tratados con cláusulas programática. En efecto, la caracterización de una disposición como autoejecutiva o programática, en rigor terminológico, no hace a la distinción entre ambas escuelas, siendo que ello se relaciona con las posibilidades formales que la propia regla ofrece para su aplicabilidad a un caso concreto. Por ejemplo, un convenio que obligue a los Estados contratantes a crear un registro de especialidades vegetales. Obviamente, su invocación en el marco de un proceso judicial ante los tribunales nacionales no será pertinente, en el supuesto en que el Estado haya omitido dar ejecución a dicho mandato, salvo que se persiga la responsabilidad pecuniaria del gobierno por los daños que puedan haberse originado por tal omisión. La individualización de las partes alcanzadas por el tratado, obligados (*i*) y beneficiarios (*ii*), de la conducta (positiva u omisiva) que se exige y (*iii*) del plazo correspondiente, expreso o implí-

⁶³ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 49º, 50º, 51º y 52º).

⁶⁴ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 52º y 55º).

⁶⁵ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 1º, párr. 2º; y voto Min. rel. párr. 58º).

⁶⁶ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párr. 65º, confirmado por el Pleno).

⁶⁷ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 61º a 66º, confirmado por el Pleno).

cito, constituyen criterios aproximativos para determinar la inclusión de un convenio dentro de una u otra clase de normas.

Como se observa, es posible determinar, con cierta precisión y dentro de pautas objetivas, si una disposición es o no programática. El criterio distintivo radica en la posibilidad de que la norma en causa sea suficiente por sí misma para ser aplicada en forma inmediata por los tribunales, sin el complemento de otras normas internacionales o nacionales.

En la jurisprudencia brasileña existen ejemplos de esta problemática. En esta dirección se puede citar la resolución preliminar adoptada por el pleno del STF al decidir sobre la medida cautelar solicitada contra la aplicación judicial de la Convención N° 158 OIT⁶⁸, interim sea dictada la sentencia definitiva acerca de su constitucionalidad. En dicho marco la mayoría del tribunal mantuvo que las normas del mencionado tratado son programáticas en el sentido de exigir la intermediación del legislador nacional a través del dictado de una disposición interna⁶⁹. La posición minoritaria en la Corte quedó plasmada en el dictamen labrado por el Min. Carlos Velloso, quien consideró que los artículos de la Convención invocados no podían ser entendidos como reglas meramente programáticas y por lo tanto era innecesario una ley que los desarrolle⁷⁰.

⁶⁸ Convención N° 158 OIT, Ginebra, 1982 (aprobada por decreto legislativo 68, 16.09.92 y promulgada por decreto 1.855, 10.04.96).

⁶⁹ «*A Convenção nº 158/OIT, ... depende[...] de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno...*»: sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 6°; y votos del Min. rel. párrs. 84° –respecto al art. 1° de la Convención–, 85° –artículos varios–, 102° –art. 6°–, 114° –art. 8°–, 115° a 118° –art. 9°–, 121° –art. 10–, 126° a 133° y 144° a 149° –en general–; del Min. N. Jovim párrs. 50° a 53° y 58°; del Min. M. Corrêa párr. 4°; del Min. M. Aurélio; y del Min. N. da Silveira párrs. 20° y 21°. La negrita es del original).

⁷⁰ A su entender «[a] *Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, especialmente as que consubstanciam direitos e garantias, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável. É possível que um ou outro dispositivo seu, dispositivos periférico, demande normatização ulterior. As suas normas básicas, que consubstanciam direitos fundamentais dos trabalhadores – direitos fundamentais sociais, de 2ª geração, conforme linhas atrás explicitado – repito, são auto-aplicáveis*», agregando en el mismo pasaje, con cita de Rui Barbosa, que «*...uma disposição constitucional é auto-executável (self-executing), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei. "...*». Para el mismo magistrado «[o]s argumentos acima expostos têm aplicação também aqui, em que estão sob apreciação, direitos e garantias fundamentais, sociais, de 2ª geração» por lo que «[é] fácil demonstrar – e o argumento vem a duas – independentemente do que foi dito, a auto-aplicabilidade da Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, básicas». En atención a tales consideraciones, recordando el tenor del art. 4° de la Convención –que establece la prohibición del despido sin causa del trabajador y fija las excepciones que pueden invocarse: existencia de justa causa en virtud de falta grave, capacidad o desempeño del trabajador y necesidades del funcionamiento de la empresa–, cuestionó «[o] que estaria a exigir normatização ulterior, ai? Nada, absolutamente nada»: sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto vencido del Min. Carlos Velloso, punto IV, párrs. 1° y 2° y 3° y 6°, respectivamente. La negrita pertenece al original).

El análisis acerca de la identificación del derecho brasileño como monista o dualista debe partir, en primer lugar, de la interpretación de las disposiciones del texto fundamental.

La posición monista de la constitución surge manifiesta de su propio articulado, en particular, de la sección dedicada a las competencias de los órganos del Poder judicial. A partir de tales normas es posible inclinarse por la adherencia del sistema brasileño a la tesis monista, más allá de la interpretación que al respecto efectúa la jurisprudencia. Esta afirmación tiene su fundamento en los siguientes tópicos.

En primer término, el art. 102 de la Carta otorga competencias a la Suprema Corte para conocer, mediante la vía extraordinaria, de los expedientes resueltos por las jurisdicciones inferiores, cuando la decisión “declara la inconstitucionalidad de un tratado” (art. 102, III, “b”)⁷¹. El mismo artículo establece como asuntos de competencia originaria del STF, aquellos que versan sobre: (i) “infracciones penales comunes y en los crímenes de responsabilidad, de los... jefes de misión diplomática de carácter permanente”; (ii) *habeas corpus* interpuestos por “jefes de misión diplomática de carácter permanente”; (iii) “litigios entre Estado extranjero u organismo internacional y la Unión, un Estado, el Distrito Federal o el Territorio”; (iv) pedidos de “extradición solicitada por Estado extranjero”; y, (v) “homologación de las sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias” (art. 102, I, “c”, “d”, “e”, “g” y “h”).

A su vez el art. 105 atribuye al Superior Tribunal de Justicia la potestad para entender de los recursos especiales interpuestos contra las sentencias de los Tribunales Regionales Federales (TRF)⁷² cuando las mismas “contraria[n] tratado..., le niega vigencia”; o también, en instancia recursiva ordinaria, de las causas en las cuales las partes sean un “Estado extranjero u organismo internacional,...., y,...

⁷¹ Esta orientación parece también enunciada en algunas sentencias del STF. Así por ejemplo, el Min. Eloy da Rocha sostuvo, en su voto conductor en la CJ 4.663/SP (Ley Uniforme de Ginebra sobre Letras de Cambio), que «*Estou de acôrdo com a opinião do Professor Hélio Candiota Campos... (...): “Desde que legalmente aprovado o tratado federal, ou a convenção, qualquer cidadão brasileiro pode invocá-lo perante o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, para que a sua letra seja respeitada, o que significa ser o seu texto lei como as demais, posto que recebida na nossa ordem jurídica interna, obrigando a todos os juízes e tribunais do país...”*»: sentencia STF, 3ª turma, CJ 4.663/SP, rel. Min. ELOY DA ROCHA, 17.05.1968 (RTJ 48/76; voto Min. rel. párr. 3º, así también la ementa).

⁷² Brasil se divide, a los fines de la competencia territorial de los TRFs, en cinco regiones. Su distribución es la siguiente: TRF-1ª Región, sede Brasilia (jurisdicción: Estados de Goiás, Minas Gerais, Distrito Federal, Bahia, Mato Grosso, Pará, Amazonas, Rondônia, Amapá, Roraima, Piauí y Acre); TRF-2ª Región: sede Río de Janeiro (jurisdicción: Estados de Río de Janeiro y Espírito Santo); TRF-3ª Región: sede São Paulo (jurisdicción: Estados de São Paulo y Mato Grosso do Sul); TRF-4ª Región: sede Porto Alegre (jurisdicción: Estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina y Paraná) y TRF-5ª Región: sede Recife (jurisdicción: sobre todos los Estados del Nordeste, excepto Bahia y Piauí). Cf. SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional”, 15ª edição, ed. Malheiros, São Paulo, pág. 562.

Municipio o persona residente o domiciliada en el País” (art. 105, III, “a”, y II, “c”, respectivamente).

Por último, la norma más clara se encuentra en el art. 109, que establece que la competencia de los jueces federales se extiende, entre otras, a las “causas fundadas en tratado o contrato de la Unión con Estado extranjero u organismo internacional”, como así también, en los supuestos que se determinan, a “los crímenes previstos en tratado o convención internacional” (art. 109, III y V). Se determina, además, la competencia de la justicia federal para las causas “entre Estado extranjero u organismo internacional y Municipio o persona domiciliada o residente en el País” (art. 109, II). Las decisiones de los jueces federales de primera instancia son recurribles en grado de apelación ante los TRFs (art. 108, II).

La relación de disposiciones citadas demuestra que las normas internacionales son parte integrante de la legislación interna, que debe ser tenida en cuenta por los órganos jurisdiccionales sin necesidad de intermediación normativa⁷³. La constitución establece claramente que las fuentes jurídicas a ser aplicadas por el juzgador son las disposiciones internacionales propiamente dichas y no las reglas internas de incorporación⁷⁴.

Si se rechaza la vigencia interna de las normas del derecho internacional, según los parámetros monistas, requiriéndose siempre y en todos los casos un acto distinto de la aprobación y la ratificación (o alternativos) que proceda a incorporarlas, no tendría explicación la aplicabilidad, en el ámbito del derecho brasileño, de los principios de la costumbre internacional, toda vez que en la mayoría de los casos ésta prescinde de su recepción en el sistema jurídico nacional. La réplica a este argumento, acerca de su falta de coherencia puesto que la costumbre no requiere ni aprobación ni ratificación razón por la cual no serviría de parámetro de aplicación análogo a los supuestos del derecho internacional convencional, puede ser contestada precisando que la convalidación estatal en la costumbre, radica en su observancia y reiteración con fuerza de convicción, por parte de los órganos del Estado.

A ello puede agregarse que los temas regulados por la *práctica de las Naciones*, y por lo tanto carentes –en la mayoría de los supuestos– de incorporación

⁷³ En igual sentido KANDLER, Lise de Almeida, op. cit., págs. 217 a 218.

⁷⁴ Para traer un ejemplo de la recepción de esta afirmación en la jurisprudencia puede citarse el siguiente pasaje del STJ: «A eficácia, como norma de direito interno, das disposições desse [PSJCR] e de outros tratados, uma vez aprovados pelo Congresso, tema a cujo respeito não mais se discute. Vários são os exemplos de atos dessa natureza, rotineiramente aplicados pelos tribunais, e não é por outro motivo que a eles se refere o artigo 105, III, “a”, da Constituição»: sentencia STJ, Corte Especial, emb. div. em REsp 149.518/GO, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIRA, 05.05.99 (DJU 28.02.00; voto Min. Eduardo Ribeiro párr. 3º, quien acompañó al Min. relator). Ver también, sentencia STJ, 3ª turma, REsp 23.8372/RS, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, 21.03.00 (DJU 15.05.00 pág. 160; voto Min. rel. párr. 4º).

expresa al derecho nacional, no resultan de escasa importancia. Para citar una materia trascendente, es posible referirse al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción, reconocido en el inc. XXXV del art. 5º del texto fundamental y su compatibilidad con la jurisprudencia del STF sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. La Suprema Corte, basándose en la *praxis* internacional, ha sostenido en reiteradas oportunidades la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados extranjeros en el foro brasileño: «*IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Ação de particular contra Estado estrangeiro. Reclamação trabalhista contra a Usaid. Não se encontra o Estado estrangeiro sujeito a jurisdição da justiça do Brasil, para responder, perante ela, à ações trabalhistas propostas por empregado seu. Extinção do processo, com base no art. 267, inciso IV, do CPC*»⁷⁵.

Así también en la AC (apelación civil) 9.705/DF, el pleno del Tribunal, si bien recordó las disposiciones de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas a fin de sustentar la inmunidad jurisdicción del Estado español, recurrió asimismo a la costumbre internacional, en acuerdo así ementado: «*APELAÇÃO CÍVEL CONTRA DECISÃO PROLATADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO. Esta Corte tem entendido que o próprio Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito à imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida esta em sentido amplo), é necessário renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro. Não ocorrência, no caso, dessa renúncia. Apelação cível que não se conhece em virtude da imunidade de jurisdição*»⁷⁶.

⁷⁵ Sentencia STF, Pleno, RE 94.084/DF, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 12.03.1986 (DJU 20.06.86 pág. 10.930; ementa). Así también sentencia STF, Pleno, RHC 49.183/SP, rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, 20.10.1971 (RTJ 59/134; ementa «*CONSULADO HONORARIO DE PAIS ESTRANGEIRO NO BRASIL. Inviolabilidade de sua correspondência sobre assunto de serviço. Imunidade de jurisdição de que gozam os funcionarios consulares. Incompetência de justiça brasileira para o processo penal instaurado contra vice-consul da República Dominicana. Recurso provido, para a concessão do habeas corpus, com o trançamento da ação*»).

⁷⁶ Sentencia STF, Pleno, AC 9.705/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, 09.09.1987 (RTJ 123/29; ementa. El subrayado fue agregado).

En esta dirección puede recordarse también el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado demandado recusa someterse a la justicia brasileña bien sea en forma expresa [sentencia STF, Pleno, AgIn o Petição 56.466/DF, rel. Min. BILAC PINTO, 09.05.1973 (RTJ 66/727)] o en forma tácita a través del silencio de su representante diplomático [sentencias STF, Pleno, AC 9.684/DF, rel. Min. RAFAEL MAYER, 01.02.1983 (RTJ 104/990); Pleno, AC 9.688/DF, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 28.03.1985 (RTJ 116/474); Pleno, AC 9.687/DF, rel. Min. DJACI FALCÃO, 30.04.1986 (RTJ 111/949)].

Lo argumentado se refleja también en el dictamen individual del presidente del *excelso Pretorio*, ministro Celso de Mello, del 1º de agosto de 2000 (ACO 575)⁷⁷.

Si se interpreta a partir de la norma fundamental que el ordenamiento brasileño adhiere a la posición dualista debe concluirse –circunstancia harto imposible– que las causas judiciales que son resueltas a partir de las disposiciones del derecho internacional consuetudinario constituyen una violación de la constitución.

Para concluir es posible afirmar que el texto de la constitución contiene prescripciones que demuestran afinidad con la tesis monista o, cuanto menos, que habilitan sustentar esta posición⁷⁸.

No resulta ocioso recordar que los artículos antes transcritos, sobre competencia de los órganos judiciales, hacen alusión expresa a la vigencia de los tratados, *so pena* de quedar expeditos, en caso de serles negada, los recursos jurisdic-

⁷⁷ En dicho expediente el magistrado, antes de confirmar la tendencia del tribunal sobre el abandono de la teoría absoluta de la inmunidad de los Estados [sentencias STF, Pleno, AC 9.696/SP, rel. Min. SYDNEY SANCHES, 31.05.1989 (RTJ 133/159); 1ª turma, AgIn (AgRg) 139.671/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 20.06.95 (RTJ 161/643); y 2ª turma, Decisão Monocrática, RE 222.368/PE, rel. Min. CELSO DE MELLO, 28.02.02 (DJU 08.03.02; transcripta en Informativo del STF N° 259, 4 a 8 de marzo de 2002) confirmada por la turma en RE (AgRg) 222.368/PE, rel. Min. CELSO DE MELLO, 30.04.02 (DJU 14.02.03)], reconoció que «[u]ma das razões decisivas dessa nova visão jurisprudencial da matéria deveu-se ao fato de que o tema da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos – que, antes, como já enfatizado, radicava-se no plano dos *costumes internacionais* – passou a encontrar fundamento jurídico em convenções internacionais (a *Convenção Européia sobre Imunidade dos Estados de 1972*) ou, até mesmo, ..., na própria legislação interna de diversos Estados...»: sentencia STF, Decisão Monocrática, ACO 575/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 01.08.00 (transcripta en Informativo del STF N° 198, 14 a 18 de agosto de 2000. El subrayado no es del original).

⁷⁸ Entre los autores que mantienen que Brasil adhiere a la teoría monista se encuentran: DOLLINGER, Jacob, “As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo”, *Revista Forense*, vol. 334, 1996, Río de Janeiro, págs. 79 a 80; LOBO, María T. de Almeida Cárcomo, “O direito da integração nas Constituições dos Estados-Partes do Mercosul. A Constituição do Brasil”, en *Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Comunitario y del Mercosur*, Salta, septiembre, 1998, tomo I, ed. Escuela de la Magistratura-Poder Judicial de Salta, Salta, 1999, págs. 293 a 294; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 694; NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugênia, op. cit., págs. 5, 6 y 8; SÜSSEKIND, Arnaldo, op. cit., págs. 342 y 343.

En la posición contraria es posible encontrar a: BASTOS, Celso Ribeiro-MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. I, ed. Saraiva, São Paulo, 1988, pág. 451; GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares, “Conflito entre normas do Mercosul e direito interno”, ed. LTr, São Paulo, 1997, págs. 189 y 200; MANICA, Sérgio Afonso, op. cit., pág. 249; RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur. Integración...”, cit., pág. 516 (con cita de Patricia Kegel); SPOTA, Alberto A., “El derecho de la integración, en las constituciones de los Estados partes del Mercosur. La Constitución Argentina”, en *Conclusiones del Congreso Internacional...*, cit., tomo I, págs. 262 a 268; STRENGER, Irineu, “Direito Internacional Privado”, 3ª edición aumentada, ed. LTr, São Paulo, 1996, págs. 110 y 112 a 114; TÔRRES, Heleno, op. cit., págs. 558, 561, 569, 572 y 577; XIMENES ROCHA, Fernando L., “A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa* N° 130, ano 33, abril - junio 1996, pág. 78.

cionales ante los tribunales superiores que correspondan. Más aún, el texto del art. 109 habla de causas *fundadas* en tratados, lo que significa que la norma que debe tener en cuenta el juez interno es el acuerdo internacional propiamente dicho. Por ello, lo que el juzgador aplica, en el estricto sentido de la operación judicial, son las previsiones contenidas en el acuerdo.

La exigencia previa del decreto de promulgación, requerido para la incorporación, se vuelve también innecesaria si se considera que una vez aprobado y ratificado el tratado queda ya perfeccionado; aquel acto presidencial nada agrega a la vida jurídica del instrumento internacional cuya vigencia ha quedado ya completada.

La misma constitución parece desterrar esta práctica (promulgación) judicialmente aceptada al mencionar que el ejecutivo –sólo– tiene competencias para “celebrar” tratados internacionales (lo que incluye su firma, ratificación y depósito correspondiente), y no agrega ninguna otra formalidad y prerrogativa a este respecto, con la salvedad de que los tratados quedan sujetos únicamente al “referendo” del congreso (art. 84, VIII) en ejercicio de su poder para “resolver definitivamente” sobre ellos (art. 49, I). Nada más exige, ni se permite al poder administrador. Lo que se agregue a lo anterior, más que una interpretación constitucional, viene a significar una hermenéutica inconstitucional. Frente a esto no resulta de entidad suficiente, oponer el deber de promulgación contenido en el inc. IV del art. 84⁷⁹, toda vez que, además de estar ubicado antes del numeral relativo a los acuerdos externos (inc. VIII) con lo cual no le sería de aplicación, la disposición otorga competencias al ejecutivo sólo para “sancionar, promulgar y hacer publicar las *leyes*” y, a los fines de la ejecución de éstas, para “expedir *decretos* y *reglamentos*”. Además, de esta norma no surge que los decretos legislativos, ni su contenido, sean susceptibles de promulgación. Coincidentemente, los arts. 65 y 66, §7º, se refieren a la promulgación por el presidente del *proyecto* de ley, en el primer caso, y de la *ley*, en el segundo⁸⁰.

El proceso de formación de las leyes y el mecanismo de concertación de los tratados internacionales discurren por trámites constitucionales diferenciados, de allí que someter éstos, a la exigencia de promulgación, bajo el fundamento de que la misma constituye una fase exorable del procedimiento de elaboración normati-

⁷⁹ CF 1988, art. 84 “Compete privativamente a Presidente de la República: IV- sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, bien como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución”.

⁸⁰ CF 1988, arts. 65 “El proyecto de ley aprobado por una Cámara será revisado por la otra en un sólo turno de discusión y votación y enviado a sanción o promulgación si la Cámara revisora lo aprobara o archivado si lo rechazara”, y 66 “La Cámara en la cual haya sido concluida la votación enviará el proyecto de ley al Presidente de la República, el cual, si estuviese de acuerdo, lo sancionará... §7º Si la ley no fuese promulgada en cuarenta y ocho horas por el Presidente de la República, en los casos de los §3 y §5 [veto], el Presidente del Senado la promulgará, y si éste no lo hiciese en igual plazo corresponderá hacerlo al Vicepresidente del Senado”.

va, constituye un requisito inconstitucionalmente limitativo de la vigencia del derecho internacional, además de no estar mencionado en ninguna de las disposiciones de la carta política que regulan la presente cuestión.

Existe otra razón en contra de la promulgación de los tratados⁸¹. De aceptarse su validez, su ausencia torna inaplicable en el derecho interno un convenio eventualmente en vigor en el ámbito internacional; tal entendimiento conculca el principio constitucional de la división de los poderes, reconocido en el art. 2º de la Carta⁸². En efecto, la promulgación así entendida tiene el alcance de suspender la aplicación de un acto en cuya sanción han participado dos órganos igualmente jerarquizados como son el Legislativo y el Ejecutivo. Aprobado por el congreso y de esta manera autorizada su ratificación por el ejecutivo, éste asumiría la potestad –aún luego de depositar el instrumento ratificatorio– de diferir su vigencia en el ordenamiento interno, omitiendo a discrecionalidad la emisión del decreto promulgativo. En definitiva, un acto perfectamente válido, exigible ante el derecho internacional, que contó para su vigencia con el consentimiento del legislativo y del ejecutivo, vería suspendida su aplicabilidad en el sistema nacional por la mera inactividad de uno de estos poderes. La fuerza normativa del acuerdo quedaría así a de uno de los órganos del gobierno, y con ello el legislativo subordinado en su actuación al ejecutivo.

Puede afirmarse que el carácter indispensable de la promulgación, en el marco de un proceso de integración, atenta, asimismo, contra la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley, toda vez que los derechos que el tratado les confiere podrán ser exigidos a partir de momentos diferentes, según se trate del Estado en el cual pretendan litigar. Sólo para dar un ejemplo concreto, un ciudadano brasileño podrá alegar en Argentina, ante los tribunales nacionales, las disposiciones de un convenio ya aprobado y ratificado, pero no podría hacerlo ante sus jueces internos, si en su país el tratado careciera del decreto presidencial de promulgación. De esta manera, el trato diferente que ocasiona la promulgación, fundada –únicamente– en una práctica de los órganos del Estado sin respaldo –como se ha visto– en el texto constitucional, constituye una formalidad adicional que afecta el tratamiento igualitario ante la ley (art. 5º constitución).

⁸¹ También parecería apoyar la posibilidad de prescindir del acto promulgativo Bevilacqua, quien al momento de enunciar las etapas de celebración de los tratados no identificó a la promulgación. En efecto, luego de considerar que la aprobación de los acuerdos internacionales por el congreso no los hace ejecutorios sino que tal cualidad la adquieren luego del intercambio de las ratificaciones, agregó que “as fases da formação dos tratados [son], negociação, debates, sessão, celebração, sanção, troca de ratificações, e publicação... [y] a homologação do Congresso” (BEVILAQUA, Clovis, parecer cit., pág. 20). La misma idea resulta de las consideraciones hechas por NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugénia, op. cit., págs. 2 y 6.

⁸² CF 1988, art. 2º “Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.

En Brasil, la vigencia de los acuerdos y actos internacionales con prescindencia de la promulgación, no constituye meramente una posición doctrinaria. En tal sentido, puede ejemplificarse que ella no parece ser exigida en materia de transporte aéreo, a tenor de lo prescripto por el art. 1º, §1º, del Código de Aeronáutica⁸³, que estipula que “[l]os Tratados, Convenciones y Actos Internacionales, celebrados por delegación del Poder Ejecutivo y aprobados por el Congreso Nacional, rigen a partir de la fecha prevista en ellos para ese efecto, luego del depósito o intercambio de las respectivas ratificaciones, pudiendo, mediante cláusula expresa, autorizar la aplicación provisoria de sus disposiciones por las autoridades aeronáuticas, en los límites de sus atribuciones, a partir de la firma (artículos 14, 204 a 214)”. Como se observa el acto internacional entra en vigencia, según esta disposición, luego de cumplido el trámite ratificatorio, sin hacerse alusión a otra actividad posterior del presidente o del ejecutivo.

Ives Gandra ha defendido la erradicación de la práctica de la promulgación a los fines de la incorporación del derecho internacional. Entre los fundamentos que expone, menciona que el hecho de supeditar la vigencia de un tratado al acto promulgativo no se ajusta al texto constitucional, toda vez que su art. 49, I, confiere al congreso la potestad de resolver *definitivamente* sobre los convenios internacionales; por este motivo, agregar al ítem procedimental la emisión del decreto presidencial conculca las prerrogativas del parlamento, atento a que “[a] ‘definitividade’ do tratado,..., obtida com a edição de decreto legislativo” quedaría desnaturalizada⁸⁴.

Para Tôrres la exigencia del decreto de promulgación constituye una formalidad carente de valor jurídico. En su opinión, los tratados se incorporan al derecho interno con la emisión del decreto legislativo por parte del congreso federal; una vez ratificados entran en vigor sin necesidad de promulgación presidencial, a partir de este momento los interesados podrán invocar el convenio internacional ante las autoridades nacionales⁸⁵.

Finalmente, la prescindencia del acto promulgativo parece surgir del resumen sumarial del REsp 141.611/RJ, resuelto por la 1ª Sección del STJ: «*TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS DE PAÍSES SIGNATÁRIOS DO GATT. ISENÇÃO. SÚMULA 71/STJ. Os tratados e as Convenções internacionais, consoante*

⁸³ Código Brasileño de Aeronáutica (Ley 7.565, 19.12.1986; DOU 23.12.86 y 30.12.86).

⁸⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Orientação da..”, cit., págs. 116 a 117; más adelante, el autor considera que el decreto de promulgación es una “mera formalidade, não tendo o efeito suspensivo de eficácia... No máximo, como pretende certa doutrina, destina-se a conhecimento externo, mas não elide os efeitos internos imediatos, cuja validade é definitiva a partir da publicação do decreto legislativo” (*ibidem*, pág. 123).

⁸⁵ TÔRRES, Heleno, op. cit., págs. 568 a 569 y 572 a 573.

o sistema jurídico-constitucional vigente, uma vez ratificados, adquirem eficácia no País, de modo a revogar a legislação ordinária que disponha em contrário»⁸⁶.

Capítulo aparte merece el tratamiento de la vigencia de los tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos. El art. 5º, §1º, de la carta política declara que las disposiciones constitucionales que contemplen garantías fundamentales de la persona son de aplicabilidad inmediata. En otras palabras, estos derechos están puestos en cabeza del beneficiario de forma directa, siendo posible su invocación y vigencia inmediata en el marco del derecho interno. El párrafo siguiente de la norma (§2º) amplía el catálogo de derechos fundamentales –automáticamente aplicables– a los que resultan de los acuerdos internacionales a los que Brasil haya adherido. De la combinación de ambos pasajes normativos (§§1º y 2º) se concluye que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales son –por mandato constitucional– inmediatamente invocables ante la judicatura nacional.

La cuestión que surge a este respecto, es saber si también para estos convenios resulta exigible, a los fines de su ingreso y aplicación en el derecho interno, la previa emisión y publicación del instrumento de promulgación o, por el contrario, cabe prescindir de tal formalidad, siendo necesario la mera aprobación del congreso y la ratificación del ejecutivo. Varios autores se han inclinado por esta última opción⁸⁷, no sólo por el fundamento *interpretatio pro hominis*, sino por la precisión que realiza el texto de la Carta. Podría mantenerse que la constitución ha querido diferenciar dos tipos de acuerdos, otorgando a los que versen sobre protección de las garantías fundamentales la prerrogativa de ser fuente directa e inmediata de derechos; la existencia de una cláusula como la contenida en el art. 5º fundamenta una distinción que el constituyente ha dejado planteada con relación a una clase particular de tratados, en especial en lo atinente a su vigencia en el derecho interno. El tenor literal del artículo en causa constituye un fuerte argumento para la innecesariedad del acto promulgativo, siendo independiente de éste la aplicabilidad del tratado en el derecho nacional.

⁸⁶ Sentencia STJ, 1ª Seção, REsp 141.611/RJ, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 10.06.98 (DJU 29.06.98 pág. 9; ementa y voto Min. rel. párr. 10º. El subrayado no figura en el original).

⁸⁷ Así entre quienes se inclinan por reconocer a estos tratados aplicación inmediata en el derecho brasileño se encuentran: BORGES, José Souto Maior, “Direitos humanos e tributação”, Anais das XX Jornadas do Instituto Latinoamericano de Direito Tributário (ILADT), ano 2000 – dezembro, cit., pág. 627; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações...”, cit., págs. 78, 109 a 124, 153 a 159 y 177; *del mismo autor*, “A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”, Revista de Informação Legislativa Nº 147, ano 37, julho – setembro 2000, pág. 188; *ibidem*, “Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”, Revista de Informação Legislativa Nº 148, ano 37, outubro – dezembro 2000, págs. 242 a 243 y 245 a 246; NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, Maria Eugênia, op. cit., pág. 5; XIMENES ROCHA, Fernando L., op. cit., pág. 81.