

## § 2. LA INTERVENCIÓN DE LOS TRES PODERES EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE OBLIGAR INTERNACIONALMENTE A LA NACIÓN

### a) Poder Ejecutivo: atribuciones y obligaciones

El poder de obligar internacionalmente al Estado brasileño surge a partir de las intervenciones sucesivas de los poderes ejecutivo y legislativo. Todas las constituciones brasileñas, aunque de manera diversa, han regulado la participación de ambos poderes en dicho proceso<sup>88</sup>.

El papel predominante queda en cabeza del departamento ejecutivo a quien le compete tanto el inicio como la etapa final de la concertación de los tratados internacionales, quedando siempre su actuación a reserva de la autorización parlamentaria.

El comienzo de la negociación con vistas a la firma de un convenio es discrecionalidad absoluta del ejecutivo, que llevará a cabo la actividad externa, principalmente, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La base constitucional de la competencia del ejecutivo se haya en el art. 84, VIII, de la Carta que hace expresa alusión a la cuestión, el cual debe ser completado con aquél que establece la potestad privativa del presidente para llevar adelante

<sup>88</sup> Constituciones de 1891, arts. 34 (“Compete privativamente al Congreso Nacional: 12 – resolver definitivamente sobre los tratados y convenciones con las naciones extranjeras”) y 48 (“Compete privativamente al Presidente de la República: 16 - entablar negociaciones internacionales, celebrar ajustes, convenciones y tratados, siempre *ad referendum* del Congreso...”); de 1934, arts. 40 (“Es de la competencia exclusiva del Poder Legislativo: a) resolver definitivamente sobre tratados y convenciones con las naciones extranjeras, celebrados por el Presidente de la República, inclusive los relativos a la paz”), 91 (“Compete al Senado Federal: 1 - colaborar con la Cámara de Diputados en la elaboración de leyes sobre: f) tratados y convenciones con las naciones extranjeras”), y 56 (“Compete privativamente al Presidente de la República: 6º) celebrar convenciones y tratados internacionales, *ad referendum* del Poder Legislativo”); de 1937, arts. 54 (“Tendrá inicio en el Consejo Federal la discusión y votación de los proyectos de ley sobre: a) tratados y convenciones internacionales”) y 74 (“Compete privativamente al Presidente de la República: d) celebrar convenciones y tratados internacionales *ad referendum* del Poder Legislativo;... n) determinar que entren provisoriamente en ejecución, antes de ser aprobados por el Parlamento, los tratados o convenciones internacionales, si ello lo aconsejare los intereses del País”); de 1946, arts. 66 (“Es de la competencia exclusiva del Congreso Nacional: I- resolver definitivamente sobre los tratados y convenciones celebradas con los Estados extranjeros por el Presidente de la República”) y 87 (“Compete privativamente al Presidente de la República: VII- celebrar tratados y convenciones internacionales *ad referendum* del Congreso Nacional”), y de 1967, arts. 47 (“Es de la competencia exclusiva del Congreso Nacional: I- resolver definitivamente sobre los tratados celebrados por el Presidente de la República;... Párrafo único - El Poder Ejecutivo enviará al Congreso Nacional antes de los quince días posteriores de su firma, los tratados celebrados por el Presidente de la República”) y 83 (“Compete privativamente al Presidente: VIII- celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, *ad referendum* del Congreso Nacional”); enmienda 1/1969, arts. 44 (“Es de la competencia del Congreso Nacional: I- resolver definitivamente sobre los tratados, convenciones y actos internacionales celebrados por el Presidente de la República”) y 81 (“Compete privativamente al Presidente de la República: X- celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, *ad referendum* del Congreso Nacional”).

las negociaciones requeridas para el buen desarrollo de las relaciones exteriores. Así el inc. VII del art. 84 otorga competencia exclusiva al jefe de Estado para “mantener relaciones con Estados extranjeros”<sup>89</sup>, incluyendo la aceptación de los representantes diplomáticos.

Uno de los puntos de mayor importancia es el establecer si la participación del poder legislativo debe darse en todos y cada uno de los acuerdos celebrados por el ejecutivo, o si por el contrario, hay algunos supuestos en los que la competencia de este último puede ser válidamente ejercitada sin el complemento de la voluntad parlamentaria. En otras palabras, la tarea concreta es determinar si el congreso debe intervenir indefectiblemente en la celebración de todos los actos internacionales.

Por lo pronto, paralelamente a lo que resulta de la aplicación del principio de reserva legal, se puede afirmar que existen campos que al formar parte de la competencia “privativa” del órgano ejecutivo, cuando ellos son ejercitados a nivel internacional quedan fuera de la injerencia legislativa. Ello constituye una especie de reserva administrativa, que deberá entenderse a partir de las disposiciones constitucionales que regulan la zona de actuación exclusiva de la Administración (capítulo II, constitución), en particular el art. 84 y concordantes. Lo anterior encuentra respaldo, además, en el hecho de ser el presidente en lo interno el jefe de uno de los poderes y, en el ámbito internacional representante oficial del Estado encargado por la propia constitución de mantener las negociaciones de Brasil con el resto de los sujetos (Estados y Organizaciones Internacionales).

Otros acuerdos que puede considerarse exentos de aprobación parlamentaria son los que resultan sancionados en virtud de convenios que han pasado, a su turno, por el tamiz legislativo; es decir aquellos actos que se dicten sobre la base de tratados que han contado con aprobación legislativa y que expresamente permiten producción normativa. En este supuesto, el congreso ha emitido su autorización para que el Estado quede obligado tanto por el tratado propiamente dicho como por las normas que en su consecuencia se dicten. La justificación radica en que es el mismo parlamento quien permite que las normas que encuentren fundamento en las disposiciones competenciales del tratado, no requieran de su intervención para su vigencia y obligatoriedad en Brasil<sup>90</sup>. El congreso mediante la aprobación del tratado acepta la entrada en vigor de aquellas disposiciones internacionales, en el ámbito del derecho nacional, en forma inmediata, una vez cumplidos los recaudos que el acuerdo marco ha establecido para tal fin.

---

<sup>89</sup> En igual dirección los textos constitucionales anteriores: Constituciones de 1891, art. 48, 16; de 1934, art. 56, 5°; de 1937, art. 74, c); de 1946, art. 87, VI; de 1967, art. 83, VII.

<sup>90</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 600; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 67.

Algunos autores hablan de una aprobación por anticipado. Esta justificación presenta algunos inconvenientes. En realidad, lo que el legislativo permite es que determinadas normas, surgidas al amparo de un acuerdo por él autorizado, no necesiten de su convalidación; circunstancia diferente de una aprobación hacia futuro. La distinción no es menor puesto que, de entenderse que ha existido un permiso por anticipado, el ejecutivo deberá ratificar, se reitera sin la intervención del legislativo, las disposiciones derivadas del convenio; sin embargo, los acuerdos descriptos, generalmente, también prescinden de la ratificación presidencial, requiriendo únicamente para su entrada en vigor del cumplimiento de una formalidad diferente, por ejemplo, a partir de una fecha concreta o a tantos días/meses de su publicación en algún boletín oficial, etc. Por lo tanto, este mecanismo no precisa de la aprobación del parlamento ni tampoco de la ratificación del ejecutivo. El caso más claro lo constituyó la aprobación del Tratado de Roma (Comunidad Económica Europea, 1957/58) que estableció en su *ex art.* 189 (actual 249 CE) que alguno de los actos que en él se enumeran ingresan directamente al derecho interno de los Estados miembros sin necesidad de cualquier norma nacional, sea del poder administrador sea del congreso, y como tales deben ser aplicadas por todas las autoridades del país, incluyendo a los tribunales nacionales. En América la remisión puede hacerse a los *ex arts.* 3º y 4º (hoy arts. 2º y 3º) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

Un supuesto similar lo constituye el Tratado de Montevideo, por el que se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (TM 80), cuyos arts. 4º a 14 habilitan la sanción de tres tipos de acuerdos: de preferencias arancelarias (APA), de alcance parcial (AAP)<sup>91</sup> y de alcance regional (AAR); pueden citarse también los acuerdos mencionados en el art. 25 del Tratado. Algunos de los acuerdos surgidos bajo el paraguas jurídico del TM 80 tienen disposiciones sobre su entrada en vigor en los Estados firmantes. Varios países, entre ellos Brasil, acostumbran ponerlos en ejecución por decreto presidencial (a). En ocasiones, por el tenor de su contenido, los Estados prefieren contar con la autorización de sus respectivos legislativos ante de ejecutar los acuerdos (b). Ejemplos de ambos supuestos:

- a) Acuerdo bajo el amparo del art. 25 del TM 80 (acuerdos de alcance parcial concertados con otros países y áreas de integración de América): Acuerdo de Alcance Parcial Brasil - Guyana (AAP.A25TM/38; 27 de junio de 2001); a tenor de su art. 25 “entrará en vigor en el momento en que las Partes intercambien comunicaciones en la cual declaren estar concluidos los procedimientos necesarios para la incorporación del presente Acuerdo a sus legislaciones”. El convenio fue puesto en vigor en

<sup>91</sup> Éstos a su vez pueden ser de diversos tipos, de acuerdo a la materia sobre la que versan, siendo los más utilizados los AAP de Complementación Económica (ACE).

Brasil por decreto 3.989/01<sup>92</sup>, el cual en su parte considerativa, luego de fundamentar su sanción en el art. 84, IV, de la constitución, remite a la habilitación contenida en el Tratado de Montevideo de 1980 para la firma de AAP y su correspondiente aprobación legislativa<sup>93</sup>.

- b) Si bien los ACEs, por estar permitidos en el marco del TM 80, en principio no requieren de una nueva autorización parlamentaria, no obstante algunos de ellos han sido aprobados por ley del congreso. Es el caso, entre otros, del ACE-36, firmado entre Mercosur y Bolivia<sup>94</sup>, que contó con la aprobación congressional por decreto legislativo 19/1997 y la promulgación presidencial por decreto 2.240/97<sup>95</sup>. Ahora bien, las normas derivadas del ACE-36, por ejemplo su 8º Protocolo Adicional relativo al mecanismo de resolución de conflictos (ACE 36/8; 27 de abril de 2000), ha sido puesto en vigor sólo por acto del poder ejecutivo<sup>96</sup>. El art. 1º de dicho Protocolo proroga, a partir del 29 de febrero de 2000 y hasta la entrada en vigor del nuevo Régimen de Solución de Controversias, la vigencia del Anexo 11º (Régimen de Solución de Controversias) del ACE-36, a su vez el numeral siguiente prescribe que “[e]l presente Protocolo entrará en vigor en la fecha de su suscripción” (art. 2º). Al igual que en el ejemplo anterior (a) el acto promulgativo (decreto 3.534/00) cita en su considerando primero la facultad que el TM 80 otorga a los gobiernos para firmar ACEs. Como se ve este último protocolo al ACE-36 no requirió de la intervención legislativa.

El amplio margen que otorgan los incisos VII y VIII, del art. 84, de la constitución, permiten la existencia de ciertos acuerdos que prescinden de la participación legislativa. Por ello resulta difícil adscribir sin reservas a la posición doctrinaria que considera infranqueable la autorización del congreso en *todos* los actos internacionales que obliguen al Estado. Como ha quedado planteado, cabe reconocer la permisibilidad constitucional de categorías de acuerdos externos, que por la materia o por la abdicación previa del mismo congreso, no exigen para su viabilidad en el derecho interno de su paso por la cámara de diputados y el senado federal.

Lo anterior no significa carta blanca para el poder administrador, puesto que el ejecutivo deberá tener en cuenta la materia y las precisiones normativas conteni-

<sup>92</sup> Decreto 3.989, ejecución del Acuerdo de Alcance Parcial entre Brasil y Guayana, 29.10.2001 (DOU 30.10.01).

<sup>93</sup> Es decir el decreto legislativo 66, 16.11.1981.

<sup>94</sup> Acuerdo de Complementación Económica, entre los Gobiernos de los Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Gobierno de la República de Bolivia, Fortaleza, Brasil, 17 de diciembre 1996.

<sup>95</sup> Decreto 2.240, ejecución del Acuerdo de Complementación Económica, entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Partes del Mercosur y Bolivia, 28.05.97 (DOU 30.05.97).

<sup>96</sup> Decreto 3.534, ejecución del Octavo Protocolo Adicional (Régimen de Solución de Controversias) al Acuerdo de Complementación Económica N° 36, entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Partes del Mercosur y Bolivia, 03.07.2000 (DOU 04.07.00).

das en el tratado marco y los términos del derecho derivado, a fin de decidir si este último se encuentra cobijado por el paraguas jurídico de aquél, o si por el contrario resulta necesario la aprobación legislativa.

## b) Poder Legislativo

### i) Atribuciones

En los acuerdos internacionales en los que la voluntad del legislador deviene exigible, tal requisito ha de entenderse como imprescindible *so pena* de que el perfeccionamiento del convenio, en su faz interna, incurra en un grave defecto formal y por ello pasible, según la jurisprudencia y la doctrina, de ser impugnado en cuanto a su validez. El parámetro de control en este caso serán las disposiciones de la Carta fundamental, que brindarán un marco jurídico para que el STF ejercite su facultad de contralor constitucional.

Las disposiciones del texto primario dan una importancia capital al cumplimiento del ítem procesal ejecutivo-legislativo, en los supuestos en que corresponda aquella intervención. En efecto, la competencia presidencial privativa en materia de celebración de pactos internacionales debe ejercerse teniendo en consideración que los mismos estarán, por regla, “sujetos a referendo” de ambas casas del legislativo (art. 84, VIII, constitución).

El mecanismo de concertación de los convenios internacionales se completa con el también privativo deber del congreso de participar en el procedimiento y de esta manera, a través de su aprobación o no, “resolver definitivamente” sobre ellos (art. 49, I, constitución). No obstante, el mismo inciso del art. 49 fija a su vez una limitación importante a la automática intervención congresional. La voluntad del legislativo será obligatoria siempre que las normas internacionales en cuestión “acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional”. Esta última parte de la disposición constitucional sugiere que el requisito de la aprobación “del Congreso Nacional” nace y se vuelve exigible siempre que el acuerdo externo genere o cree para el Estado brasileño una responsabilidad, carga u obligación que recaiga sobre el patrimonio del país. La frase constitucional no parece haber sido redactada de manera divisoria, es decir lo que vuelve necesario la autorización del legislativo son las disposiciones de los tratados que ocasionen “encargos” o “compromisos”, aunque no cualquier tipo de cargos es suficiente, sino que ambos, “encargos” o “compromisos”, deben ser calificados como “gravosos” para la renta nacional. A su vez, tampoco sería de aplicación esta norma si el compromiso que el gobierno se encuentra presto para asumir no conlleva una afectación importante o sustancial que repercuta de manera ostensible en las arcas del Estado<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Algunos autores, como Slaibi, entienden que la disposición constitucional amplió sustancialmente el ámbito de actuación del congreso con relación a las constituciones anteriores, puesto que con la nueva redacción el

La norma comentada debe conjugarse, además, con el principio constitucional de legalidad contenido en el inciso II del art. 5° de la Carta.

Las salvaguardias adoptadas por ambas cámaras del parlamento, en vistas a que el poder ejecutivo observe las prerrogativas congresionales en materia de acuerdos internacionales, se hacen patentes, principalmente, cuando se corrobora una costumbre ya consolidada; a saber, que en cada decreto legislativo se adosa como “párrafo único”, inmediatamente a continuación del artículo que apruebe un tratado internacional, la siguiente coletilla<sup>98</sup>:

“DECRETO LEGISLATIVO N° ..., DE ...

El Congreso Nacional decreta:

Art. 1° Es aprobado el texto del [tratado, protocolo, convención, etc.]... sobre... – firmado en..., ..., el... de... de...

Párrafo único. Quedan sujetos a la aprobación del Congreso Nacional cualquier acto que pueda resultar en revisión del referido [tratado, protocolo, convención, etc.], bien como cualquier ajuste complementario que, en los términos del inciso I del art. 49 de la Constitución Federal, acarreen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional”.

Salvo supuestos excepcionales<sup>99</sup>, el decreto presidencial de promulgación del acuerdo internacional no incorpora dicha coletilla<sup>100</sup>.

Al caracterizar las consecuencias jurídicas de este párrafo (coletilla), constantemente recordada por el congreso, la AGU ha sostenido que «[e]ssa *advertência*

consentimiento del legislativo resulta necesario cuando el acuerdo internacional “possa causar gravame não só ao patrimônio público mas também ao patrimônio privado, pois, ambos, patrimônio público ou privado, é que formam o patrimônio nacional (cf., no art. 225, § 4º, ...)” (SLAIBI FILHO, Nagib, “Anotações à Constituição de 1988”, 3ª edição, ed. Forense, Río de Janeiro, pág. 272).

<sup>98</sup> Esta práctica se inició a partir de la aprobación del Acuerdo sobre Cooperación Cultural entre Brasil y Gana (2 de noviembre de 1972) por decreto legislativo 66, 29.10.1973, que incluyó un párrafo único que exigía al ejecutivo obtener el consentimiento del congreso para la adopción de cualquier acto que pudiera modificar el tratado. La redacción definitiva de esta coletilla en los decretos legislativos quedó consolidada durante la tramitación en el parlamento del Acuerdo Básico de Cooperación Científica y Tecnológica entre Brasil y Checoslovaquia (2 de julio de 1985). El párrafo fue agregado a partir de una propuesta del diputado R. Magalhães, relator en la Comisión de Constitución y Justicia y Redacción de la cámara de diputados, confirmada por el voto unánime de los miembros de la comisión. La aprobación por el plenario del congreso se instrumentó por el decreto legislativo 88, 15.12.1989, que incorporó la coletilla sobre la necesidad de someter al parlamento los actos susceptibles de modificar el tratado, o aquellos dictados en su consecuencia cuando, en los términos del art. 49, I, de la constitución, generen compromisos gravosos para el patrimonio nacional. Sobre ambos antecedentes ver CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo...”, cit., págs. 158 ss.; *del mismo autor*, “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 317 ss. y 423 ss.

<sup>99</sup> Así por ejemplo, incluye este párrafo único el decreto 3.832, promulgación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (adoptado por la VIIª Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 9 a 31 de octubre de 1951), 01.06.2001 (DOU 05.06.01); aunque no lo hacen, entre otros, los decretos 2.240/97 (ACE-36), cit.; 3.534/00 (ACE-36/8), cit.; y 3.989/01 (AAP.A25TM/38), cit.

<sup>100</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 471 ss. y 481.

*é válida, sobretudo, em relação às matérias, em que o Direito Brasileiro exige lei no sentido técnico - ato normativo aprovado pelo Congresso Nacional com a observância dos procedimentos legislativos previstos pela Constituição brasileira»<sup>101</sup>.*

La frase en cuestión merece algunas precisiones acerca de su alcance y naturaleza. De figurar en la carta de ratificación y de ser, además, aceptada por el resto de los Estados contratantes podría equipararse a una reserva del acuerdo. En el caso contrario, es decir si esta salvedad queda meramente en el decreto legislativo o en el decreto de promulgación, sin haberse asegurado su debida publicidad al resto de las partes contratantes, ni obtenido su correspondiente aceptación, ella no podrá valer como cláusula eximente del cumplimiento íntegro del tratado incluyendo las normas que de él se deriven, aún en el supuesto en el que las mismas puedan no respetar estrictamente los términos de la coetilla. Tal afirmación ha ser observada también en el ámbito del derecho interno, por lo que si llegare el caso no podrá invocarse ante los jueces nacionales en las causas en las que el Estado sea demandado.

Con relación a lo que se viene considerando, con especial referencia a los procesos de integración, resulta oportuno recordar los fallos de los supremos tribunales de Colombia (i) y Venezuela (ii) con relación a la aprobación de los tratados constitutivos del esquema andino de integración.

(i) Colombia es uno de los socios fundadores de la Comunidad Andina, a través de la firma del Acuerdo de Cartagena, de 26 de mayo de 1969. La correspondiente aprobación del Acuerdo fue instrumentada –directamente– por el decreto 1.245, de 8 de agosto de 1969. Esta norma fue objeto de una demanda de *inexequibilidad*, presentada en 1971, ante la Corte Suprema de Justicia (CSJC), bajo el fundamento de que, antes que un convenio que derive del tratado de la ALALC y por lo tanto susceptible de ser autorizado en Colombia por medio de una norma administrativa, en este caso un decreto presidencial, el Acuerdo de Cartagena constituía un *nuevo* tratado, independiente y autónomo respecto de la ALALC, por lo cual requería a fin de obligar al Estado de una ley en sentido formal, es decir, derivada del Congreso nacional<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> AGU, Parecer N° SF-01/2000, cit. (§VI:113).

<sup>102</sup> El tenor de la norma impugnada era el siguiente: “Decreto N° 1.245 de 1969 (8 de agosto), por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá, el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú. El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y en particular de las que le confiere el artículo 2 de la ley 88 de 1961,  
Decreta:

*Artículo 1°.* Apruébase el Acuerdo de Integración Subregional, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú y apoyado por el Comité

El alto Tribunal colombiano, por sentencia del pleno y salvamento de voto de la mayoría de la Sala Constitucional<sup>103</sup>, luego de reconocer que el mecanismo de aprobación del Acuerdo de Cartagena había sido formalmente contrario a lo que dispone el art. 76 de la constitución<sup>104</sup>, consideró, sin embargo, que carecía de competencias para realizar un control de constitucionalidad sobre las normas internas que aprueban tratados internacionales<sup>105</sup>. Como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema, el congreso colombiano sancionó la Ley 8ª de 1973, por medio de la cual se aprobó el Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, la ley 8ª contenía, en su art. 2º, una coetilla que supeditaba la aprobación de las normas comunitarias a la autorización legislativa cuando a nivel interno estuvieran sujetas a reserva legal<sup>106</sup>.

Ejecutivo Permanente de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, cuyo texto es el siguiente: (...). Los arts. 2º y 3º otorgaban al Instituto Colombiano de Comercio Exterior –INCOMEX– las atribuciones necesarias, dentro del ámbito de sus facultades legales, para adoptar las medidas exigidas y proponer los proyectos de decretos requeridos para dar oportuno cumplimiento a las obligaciones que resultaran del Acuerdo de Cartagena, ello en estrecha cooperación con los departamentos ministeriales y demás organismos de la Administración con competencias según las materias.

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, pleno, “Demanda de inexecutableidad contra el Decreto-ley 1245/69”, 26.07.1971. Magistrado ponente: Dr. José Gabriel de la Vega. Su texto puede verse en Revista Derecho de la Integración N° 10, vol. IV, 1972, ed. INTAL, Buenos Aires, pág. 160.

<sup>104</sup> Necesidad de aprobación por el Congreso Nacional de los tratados internacionales.

<sup>105</sup> El tribunal, luego de sostener que «[e]l decreto aprobatorio del Acuerdo Andino, por vicio de formación, pugna con el ordenamiento constitucional», tomó nota de la circunstancia de que el propio Gobierno colombiano había procedido a ratificar el Acuerdo, razón por la cual sentenció que «... menos aceptable sería que el propio Estado cuyos agentes hubiesen cometido errores jurídicos o violaciones de su ordenamiento interno, se prevaliesen de ellos, así alegaren falta de capacidad, protectora de su consentimientos». Esto llevó a la Corte, aplicando su antigua jurisprudencia (sentencia de 6 de julio de 1914), a concluir que se hallaba «[d]esprovista del poder para juzgar sobre executableidad de actos aprobatorios de tratados». Finalmente, decidió –parte resolutive primera– «[a]bstenerse de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1º del decreto 1245, del 8 de agosto de 1969, “por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú”». Con respecto a los arts. 2º y 3º del decreto, también objetos de impugnación, el tribunal los consideró ejecutables en territorio colombiano (executable), puesto que las normas comunitarias, sin perjuicio de sus efectos directo e inmediato que hacen innecesarios los actos estatales de incorporación, requieren, en determinadas ocasiones, el complemento y desarrollo a través de disposiciones nacionales.

Un comentario sobre la decisión de la CSJC puede consultarse en ORREGO VICUÑA, Francisco, “La incorporación del Ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica y jurisprudencia de Colombia”, Revista Derecho de la Integración N° 11, 1972, ed. INTAL, Buenos Aires, págs. 44 ss.

<sup>106</sup> Ley 8ª, por la que se aprueba el Acuerdo Subregional Andino, suscrito en Bogotá, el 26 de mayo de 1969, por los Plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, 14.04.1973 (Diario Oficial N° 33.853, 23.05.73). La norma tenía en siguiente contenido:

“LEY 8 de 1973 (abril 14),...

El Congreso de Colombia, decreta:

*Artículo 1:* Apruébase el Acuerdo Subregional Andino,... [texto del Acuerdo de Cartagena].

*Artículo 2:* [...]. El Gobierno podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrollen el Acuerdo Subregional Andino y no modifiquen la legislación o no sean materia del legislador. En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deben ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando sean materias de competencia del legislador, o modifiquen la legislación

Los arts. 2° y 4° fueron impugnados a través de una demanda de no ejecutabilidad, ante la sala constitucional de la Corte Suprema, decidida luego por el tribunal en pleno. Los demandantes alegaron que ambas disposiciones eran inconstitucionales pues violentaban principios de la carta magna, en particular, los siguientes: de separación de los poderes del Estado (arts. 55 y 78, incs. 2° y 4°, constitución), obligatoriedad de los tratados internacionales y la cláusula de habilitación constitucional para la integración (art. 76, inc. 18, párrs. 1° y 2°<sup>107</sup>) y las prerrogativas del poder ejecutivo en materia de relaciones exteriores (art. 120, inc. 20<sup>108</sup>). Repárese en que las normas andinas en causa eran las “decisiones” de la Comisión y de la Junta; el primero de los órganos –legislador por excelencia del proceso– es una institución de naturaleza *intergubernamental*, toda vez que está compuesto por un plenipotenciario por cada País miembro<sup>109</sup>.

La Corte, tras recordar la doctrina sobre su incompetencia para decidir sobre demandas de inexecutableidad contra leyes vinculadas a tratados internacionales, constató que las disposiciones acusadas no son aprobatorias del Acuerdo de Cartagena «*sino que tratan de regular los efectos de las medidas que puedan adoptar la Comisión y la Junta o “los organismos que desarrollen el Acuerdo Subregional Andino”*», razón por la cual afirmó su competencia sobre el asunto litigioso<sup>110</sup>.

---

existente o cuando el Gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores.

*Artículo 3:* [...].

*Artículo 4:* El Gobierno Nacional solicitará el concepto de una Comisión integrada por seis (6) miembros, tres (3) Senadores y (3) Representantes, elegidos respectivamente por las Comisiones Segunda del Senado y de la Cámara de Representantes, antes de la aprobación de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se refieran a las siguientes materias consignadas en el anexo I del mismo Acuerdo: Modificaciones al Acuerdo de Cartagena; Programa de armonización de los instrumentos de regulación del comercio exterior de los Países Miembros; Reducción de materias incluidas en el anexo I y Establecimiento de condiciones para la adhesión al Acuerdo... [...].”

<sup>107</sup> Constitución de Colombia, art. 76 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: [...] 18) Aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

<sup>108</sup> Constitución de Colombia, art. 120 “Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: [...] 20) Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional; nombrar los agentes diplomáticos; recibir los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”.

<sup>109</sup> Acuerdo de Cartagena, art. 6° (actual art. 21) “La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros. Cada Gobierno acreditará un representante titular y un alterno”.

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, pleno, “Demanda de inexecutableidad de los incisos primero, segundo y tercero del artículo 2° y artículo 4° de la Ley 8° de 1973”, 27.02.1975. Magistrado ponente: Dr. José Gabriel de la Vega (Competencia de la Corte, párrs. 2° y 3°. El resaltado pertenece al original). Su texto puede verse en Revista Derecho de la Integración N° 20, 1975, ed. INTAL, Buenos Aires, págs. 170 a 192.

Pasando al fondo, la Corte consideró que el inciso 2º del art. 2º conlleva una «limitación [que] constituye un recorte de competencia. Cuando una norma del derecho regional deba aplicarse, su ejecución se lleva a cabo por mérito propio, directamente, o en forma que disponga la Carta comunitaria o el órgano regional competente...»<sup>111</sup>. A su vez, en lo que respecta al inc. 3º del mismo artículo mantuvo:

- que debe entenderse también como «otra restricción, más definida, a una potestad otorgada por la Constitución a través del artículo 120-20 sin cortapisas. [...] El gobierno –director de las relaciones diplomáticas...– goza de la libertad de acción para escoger los medios más eficaces con el fin de cumplir las obligaciones contraídas en virtud de tratados. Es una libertad del Ejecutivo que, por constitucional, la ley no puede cohibir».
- «Los tratados en general que celebra el Presidente de la República y el Congreso aprueba por medio de ley, obligan (arts. 76-18, 120-20 C. N.). Cumplidos esos trámites, son de suyo obligatorios, por imperativo constitucional;...».
- que el Acuerdo de Cartagena «obliga al país no sólo por sus estipulaciones de efecto inmediato sino también a tenor de las que crean competencias a favor de las autoridades regionales (V. Artículos sobre atribuciones a la Comisión y facultades a la Junta...), competencias que se imponen a Colombia, es evidente que el inciso tercero del artículo 2 de la ley 8 de 73 pugna con el Acuerdo de Cartagena, por las siguientes razones: Porque establece condiciones en el sentido de que las decisiones tomadas en virtud del convenio requieren necesariamente, para operar en Colombia, su previa aprobación por el Congreso...; y porque tal exigencia pasa por alto el efecto propio que para su derecho derivado consagra por lo común el Acuerdo de Cartagena (Ver arts. 6, 7, 29, 30, 32, 47, 48, 50, 66, 75, 82, 109, etc.). Al contrariar el Pacto Andino, el inciso tercero del artículo 2 infringe también el aparte primero del numeral 18 del artículo 76 de la Carta, que depara eficacia a lo estipulado en acuerdos internacionales»<sup>112</sup>.

Ambos incisos del art. 2º de la ley infringían, según la CSJC, lo establecido en el art. 76, numeral 18, párr. 1º, de la constitución. «Y si confrontan dichos incisos con el párrafo segundo del propio numeral 18, es dable llegar a conclusiones más precisas» acerca de la violación de la carta política<sup>113</sup>.

La tacha de inconstitucionalidad fue extendida al art. 4º de la ley 8ª por contradecir las mismas disposiciones constitucionales<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> CSJC, “Demanda de inexecutableidad... de la Ley 8ª de 1973”, cit. (Incisos segundo y tercero del artículo 2, párr. 2º).

<sup>112</sup> CSJC, “Demanda de inexecutableidad... de la Ley 8ª de 1973”, cit. (Incisos segundo y tercero del artículo 2, párrs. 4º, 5º y 8º. El resaltado pertenece al original; el subrayado fue agregado).

<sup>113</sup> CSJC, pleno, “Demanda de inexecutableidad... de la Ley 8ª de 1973”, cit. (Incisos segundo y tercero del artículo 2, párrs. 11º y 12º).

<sup>114</sup> CSJC, pleno, “Demanda de inexecutableidad... de la Ley 8ª de 1973”, cit. (Artículo 4, párr. 1º).

En definitiva, la Corte declaró inexecutable los arts. 2º, incisos segundo y tercero, y 4º de la ley 8/1973, por infringir los arts. 76, inc. 18, y 120, inc. 20, de la constitución colombiana.

Es pertinente hacer algunas apreciaciones sobre la sentencia de la Corte Suprema. En primer lugar, si bien es cierto que la constitución colombiana contenía un dispositivo que habilitaba la delegación de atribuciones hacia órganos supranacionales, no lo es menos que el supremo tribunal, antes de aplicar dicha regla de habilitación, entendió que la norma cuestionada igualmente contrariaba la norma constitucional referida a la facultad del congreso de aprobar tratados internacionales (art. 76, inc. 18, párr. 1º, constitución). En consecuencia, aún en ausencia de una cláusula habilitante –como la contenida en el párr. 2º, inc. 18, art. 76– la decisión de la Corte Suprema no hubiera sido diferente, tal cual lo deja expresado en su sentencia. Por otro lado, el tribunal invocó entre sus argumentos distintos artículos del Acuerdo de Cartagena que, a su entender, regulaban «*el efecto propio que para su derecho derivado consagra*» el Acuerdo; no obstante, ninguna de las disposiciones citadas hace alusión al efecto que tienen las normas andinas derivadas en el derecho interno, sino que otorgan competencias a la Comisión del Acuerdo para emitir decisiones en áreas determinadas, salvo el art. 109 que establece que el Acuerdo no podrá ser suscripto con reservas. En efecto, en el Acuerdo de Cartagena nada se dispone acerca de la forma en que los actos del derecho andino derivado se incorporarían al ordenamiento nacional, lo cual fue regulado en otras disposiciones regionales<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> La primera norma en referirse a este efecto fue el Reglamento Interno de la Comisión (aprobado por Decisión 6 de la Comisión, Primer Período de Sesiones Ordinarias, Lima, 21 a 25 de octubre 1969; texto en Revista Derecho de la Integración N° 7, octubre 1970, ed. INTAL, Buenos Aires, págs. 263 a 266) cuyo art. 21 disponía, refiriéndose a las “decisiones”, que “[e]n los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los Países Miembros o para los órganos del Acuerdo, se indicará la fecha de su entrada en vigor en el artículo final. En caso contrario, se entiende que la fecha correspondiente es la de aprobación del acta final de la reunión respectiva”.

En lo que respecta a las “resoluciones” aprobadas por la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC), el art. 13 de su Reglamento Interno (aprobado por Decisión 9 de la Comisión, de 13 de marzo de 1970; texto en Revista Derecho de la Integración N° 7, cit., págs. 266 a 269), en su versión original, establecía que las mismas “entrarán en vigor en la fecha en que se adopten”.

Finalmente, las características del derecho andino derivado quedaron plasmadas en el Acta del Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión (Lima, 29 mayo a 5 junio 1980). Dicho instrumento contiene el pronunciamiento de la Comisión sobre los principios de primacía y efecto inmediato del ordenamiento regional (ver punto III.7 del Acta Final; *inédito*).

Recién en 1979, con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TCTJ), de 28 de mayo (en vigor desde 1983), los principios de efecto directo, primacía y efecto inmediato del ordenamiento andino derivado fueron reconocidos en el derecho originario (arts. 3º y 4º Tratado).

En el segundo de los ejemplos, Venezuela (*ii*), ocurrieron hechos muy similares a los reseñados en el caso colombiano. Dicho Estado no participó desde sus comienzos del Acuerdo de Cartagena sino que ingresó al *ex* Pacto Andino en 1973. Ese mismo año el congreso sancionó el 3 de septiembre la ley que autorizó<sup>116</sup> la ratificación del Acuerdo.

La ley sólo se refería a las “decisiones” de la Comisión del Acuerdo (órgano intergubernamental).

El párrafo primero del artículo único de la norma (coletilla) fue objeto de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (CSJV), presentada por el Dr. Guillermo Andueza, quien luego sería el primer magistrado venezolano en el Tribunal Andino.

La sentencia del máximo Tribunal, firmada por el pleno y con una amplia disidencia de siete magistrados<sup>117</sup>, fue emitida, luego de varios años de debate, el 25 de septiembre de 1990<sup>118</sup>. Luego de admitir la demanda, en tanto que la misma no perseguía la nulidad de un tratado como tal<sup>119</sup> sino de una parte precisa de la ley de aprobación<sup>120</sup>, el tribunal mantuvo en pocos párrafos la constitucionalidad de la disposición impugnada<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Ley Aprobatoria del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena, suscripto en Bogotá, República de Colombia, el 26 de mayo de 1969, del Consenso de Lima suscripto en Lima, República del Perú, el 13 de febrero de 1973, por los Plenipotenciarios de Venezuela, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y de las Decisiones N° 24, 37, 37-A, 40, 46, 50, 56 y 76 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. La ley fue promulgada por el poder ejecutivo por acto del 26 de septiembre de 1973 (Gaceta Oficial de la República N° 1.620 Extraordinaria, 01.11.73).

La ley emitida por el congreso venezolano contenía un artículo único con la siguiente estructura: en su primera parte otorgaba el asentimiento propiamente dicho, luego contenía el texto de los instrumentos internacionales aprobados y, por último, cuatro párrafos adicionales. El primero de ellos prescribía: “Las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifiquen la legislación venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley, del Congreso de la República”.

<sup>117</sup> Las disidencias no fueron comunes, sino divididas en tres grupos de dos magistrados y una adicional. Entre los jueces discordantes estaba el Dr. Luis Enrique Farías Mata, a la postre juez del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina hasta el año 2001.

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia de Venezuela, pleno, “sobre Demanda de nulidad contra la parte de la Ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena”, sentencia N° 760-90, 25.09.1990 (Jurisprudencia Venezolana, tomo CXIII, 1990, tercer trimestre, ed. Ramírez & Garay, Caracas, págs. 676 a 689). Conocida como “sentencia Andueza”.

<sup>119</sup> Circunstancia que hubiera llevado a la Corte a desestimar el reclamo en atención a su propia jurisprudencia (cf. CSJV, sentencia “sobre Demanda de nulidad contra la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y Venezuela”, 29.04.1965; citada en la “sentencia Andueza”).

<sup>120</sup> CSJV, “sentencia Andueza”, cit. [§a.2°]. Tal afirmación fue objeto de una fuerte oposición del juez Trejo Padilla, a su turno ponente de la sentencia sobre el Tratado de Extradición con los Estados Unidos antes citada, para quien en ambos supuestos la pretensión de los accionantes era la misma, además de que la decisión de 1965 declaró la incompetencia del Tribunal tanto frente a impugnaciones totales como parciales de las leyes que aprueban tratados internacionales [cf. su voto en la “sentencia Andueza”, cit., §e)]. En su voto dicho magistrado se inclinó por desestimar la demanda.

<sup>121</sup> Sobre la sentencia puede verse, entre otros, ANDUEZA, José G., “La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, Revista Integración Latinoamericana N° 98, enero - febrero, año 10, ed.

Los jueces Sosa Gómez y Yepes Boscan mantuvieron en su voto disidente, entre otras razones, que «[p]recisamente la consecuencia del carácter del Tratado Marco, es la de no hacer necesaria la intervención del Congreso Nacional para aprobar los instrumentos emanados de sus órganos», agregando que «[l]a competencia que la Constitución le otorga al Congreso, es lo suficientemente amplia para resolver aprobar o rechazar un Tratado...»; el mantenimiento de la coetilla en la ley infringe la propia carta magna toda vez ésta «no prescribe que el Congreso aún entendiendo su capacidad ilimitada de legislar sobre las materias que considere convenientes, (sean o no de la reserva legal), puede entrar a modificar, alterar, o restringir los términos de un Tratado, cuando tiene precisamente la potestad de rechazarlo y negar su aprobación, si considera que su texto contraviene la Constitución, o el ordenamiento interno queda afectado por el Tratado y prefiera mantener tales regulaciones»<sup>122</sup>.

A su vez, los magistrados Duque Corredor y Calcaño de Temeltas, también discordes con la decisión de la mayoría, tras recordar el art. 108 del texto fundamental<sup>123</sup>, consideraron que «si la base de un sistema integracionista es precisamente que el derecho que surja de los órganos supranacionales que crean los Estados se aplique de inmediato en éstos, so pena de que se acabe tal mecanismo de integración, cómo es posible que aquellas limitaciones al valor de ese derecho no representen un obstáculo u obstrucción para el proceso subregional?. De manera, que en todo caso,... el parágrafo primero del artículo único de [la] Ley Aprobatoria, contradice el espíritu que informa el artículo 108 de la Constitución, que orienta las decisiones de los órganos del Poder Público del Estado venezolano al adoptar sus decisiones en materia de integración regional...»<sup>124</sup>.

Por último, en el restante voto disidente, los magistrados Marín Gómez y Farías Mata –que adhirieron a las críticas expuestas por los anteriores salvamentos de minoría–, hicieron valer que la norma en causa comportaba una restricción a la vigencia de las decisiones sancionadas por la Comisión del Acuerdo, «una autén-

---

INTAL, Buenos Aires, 1985, págs. 3 ss.; *del mismo autor*, “La cuestión constitucional y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, Revista de Derecho Público N° VIII, ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, págs. 45 a 61; BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, “Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia Latinoamericana”, en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” (AA.VV.), ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1991, págs. 293 ss.; SUÁREZ MEJÍAS, Jorge L., “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno en el Acuerdo de Cartagena. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 10 de Junio de 1990”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 100, ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, págs. 295 a 421.

<sup>122</sup> CSJV, “sentencia Andueza”, cit. [§c].3, párrs. 2° y 6°.

<sup>123</sup> Constitución de Venezuela, art. 108 “La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes”.

<sup>124</sup> CSJV, “sentencia Andueza”, cit. [§d], Segundo, párr. 2°.

*tica y verdadera limitación a la expresión de voluntad integracionista expresada por un Órgano en el cual Venezuela se encontrará siempre y necesariamente representada por uno de sus nacionales [...] Tal limitación atenta sin dudas contra el imperativo constitucional contenido en el artículo 108 de la Carta Magna que obliga a la República a favorecer (la expresión es imperativa: “favorecerá”), la integración; y en nada contribuye a ello la precedente sentencia...»*<sup>125</sup>. Los jueces constataron, además, que la coletilla sancionada por el congreso constituye una *reserva*, así calificada propiamente por el voto mayoritario, razón adicional para entender que ella infringía el Acuerdo de Cartagena en cuanto dispone que su ratificación tendrá lugar sin ninguna reserva<sup>126</sup>.

La misma cuestión se planteó con posterioridad cuando el legislativo venezolano, al aprobar el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1979), introdujo nuevamente una disposición similar en el art. 2º de la Ley Aprobatoria (1983)<sup>127</sup>. En este caso la violación de las normas del tratado era aún más evidente a tenor de sus arts. 2º y 3º<sup>128</sup>.

Esto motivó una nueva presentación judicial, el 18 de febrero de 1992, solicitándose a la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad del art. 2º de la ley aprobatoria, por violar mandatos expuestos contenidos en el tratado. El recurso se encuentra aún pendiente ante el máximo Tribunal<sup>129</sup>.

Como bien informa Brewer Carías<sup>130</sup>, las leyes posteriores por las que el congreso venezolano aprobó los instrumentos modificatorios del derecho andino originario, esto es el Protocolo de Trujillo (1996)<sup>131</sup> y el Protocolo de Cochabamba

<sup>125</sup> CSJV, “sentencia Andueza”, cit. [§f], párrs. 3º y 5º.

<sup>126</sup> El actual art. 151 (ex art. 109) del Acuerdo de Cartagena establece que “[e]l presente Acuerdo no podrá ser suscrito con reserva”.

<sup>127</sup> Ley Aprobatoria del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 16.03.1983 (Gaceta Oficial de la República N° 3.216 Extraordinaria, 07.07.83); art. 2º “Las decisiones de la Comisión que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República”.

<sup>128</sup> Tratado arts. 2º “Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión” y 3º “Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

<sup>129</sup> CHALBAUD ZERPA, Reynaldo, “La Interpretación Prejudicial en los Países Andinos. El Caso Venezolano”, en Seminario Internacional: “Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios” (AA.VV.), 19 a 20 y 22 a 23 de agosto de 1996, La Paz-Sucre, Bolivia, ed. Corte Suprema de Justicia de Bolivia y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1997, págs. 220 a 221.

<sup>130</sup> BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, op. cit., pág. 300.

<sup>131</sup> Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), firmado en Trujillo, el 10 de marzo de 1996; en vigor desde el 3 de junio de 1997. Su texto puede consultarse en Informativo Andino N° 9, mayo 1996, ed. Unidad de Prensa de la Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, págs. 17 a 24.

(1996)<sup>132</sup>, han omitido toda fórmula similar o equiparable a las coletillas antes referidas. Resulta oportuno destacar que esta ausencia de los “párrafos” que obligan a la intervención parlamentaria en materia de adopción de normas andinas derivadas es altamente significativa si se tiene en consideración que los arts. 2º y 3º del Tratado de reforma del Tribunal (Protocolo de Cochabamba) establecen la vigencia directa e inmediata de las “Decisiones” del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión y de las “Resoluciones” de la Secretaría General.

Por lo demás, no debe perderse de vista que a la fecha del fallo citado, la constitución de Venezuela no contenía una disposición expresa que autorizara al Estado a delegar competencias nacionales a organismos externos como las instituciones de la Comunidad Andina. Esta habilitación constitucional recién fue introducida con la Reforma Constitucional de 1999 (nuevo art. 153).

La reseña de los casos *colombiano* y *venezolano* ilustra claramente acerca de las posibilidades de impugnación que, al menos en lo que respecta al derecho del Mercosur, pueden dirigirse contra los “párrafos únicos” que el parlamento brasileño acostumbra incorporar a los actos aprobativos de tratados internacionales. En efecto, tal como será analizado *infra*, al emitir el decreto legislativo 188/1995, por el que se aprueba el POP, el congreso federal también anexó la tradicional coletilla sobre su participación en determinados actos derivados del Protocolo. Además, a diferencia de otros supuestos, el decreto presidencial que promulga el POP, N° 1.901/1996, omite cualquier referencia a la necesidad del consentimiento del legislador para las disposiciones que sean dictadas en su consecuencia.

La intervención parlamentaria garantizada por la constitución brasileña no queda sólo en la letra de sus disposiciones. Ante la inobservancia del debido proceso legal en materia de celebración de tratados internacionales, la legislatura cuenta, en última instancia, con la jurisdicción de la Corte Suprema. No obstante, la falta de cumplimiento de alguno de los pasos establecidos no hace accesibles sin más los estrados judiciales. En el supuesto en el que el poder ejecutivo no someta al congreso un acuerdo, en los términos de los arts. 49, I, y 84, VII, de la CF 1988, *no* existe legitimación activa de los legisladores –senadores y diputados– individualmente considerados, a los fines del remedio mandamental (“mandado de segurança” MS: similar al recurso de amparo), para exigir por esta vía la presentación del convenio internacional al parlamento<sup>133</sup>; la defensa judicial de esta competencia

<sup>132</sup> Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscripto en Cochabamba, el 28 de mayo de 1996; en vigor desde 25 de agosto de 1999. Su texto puede verse en Informativo Andino N° 10, octubre 1996, ed. Unidad de Prensa de la JUNAC, Lima, págs. 19 a 23.

<sup>133</sup> En este sentido se ha expedido el Min. M. Corrêa en su decisión individual en el marco del MS 23.914/DF. Entre otras consideraciones el magistrado apuntó: «*Sendo o mandado de segurança ação especial destinada*

legislativa recae exclusivamente en el propio congreso nacional<sup>134</sup>. Sólo a este último asiste la facultad para intentar la correspondiente acción judicial<sup>135</sup>.

*a proteger direito individual líquido e certo, somente o titular desse direito tem legitimidade ativa para impetrá-lo. Na espécie, poder-se-ia entender, em tese, que ao Congresso Nacional seria reconhecida a faculdade de defender, judicialmente, sua competência exclusiva, porventura usurpada, para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (CF, artigo 49, I). (Cf. VICTOR NUNES LEAL, “Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais, em Problemas de Direito Público, 1960, p. 424, apud PERTENCE, RTJ 147/104).»; «É certo que os deputados federais, ut cives, têm interesse no fiel cumprimento da Constituição, que, no caso, exige que o acordo internacional seja submetido à aprovação do Congresso Nacional. Não se deve, porém, confundir interesse com direito subjetivo. O eventual descumprimento de norma constitucional não se constitui em razão suficiente para que qualquer congressista utilize o mandado de segurança a fim de desconstituir o ato impugnado e sustar seus efeitos. Há meios processuais apropriados para essa finalidade, a que não se ajusta o mandamus»; «Esta é a orientação do Tribunal, ao julgar o AGRMS n° 22.857-SP, OCTAVIO GALLOTTI, (DJU de 01.08.97), em que se negou seguimento a mandado de segurança impetrado por deputados federais contra ato do Presidente da República, que teria invadido competência exclusiva do Congresso Nacional, estabelecida no artigo 49, XIV, da Constituição, por “falta de direito individual a amparar e conseqüente ilegitimidade ativa para a causa”»; «Falta-lhes direito subjetivo a ensejar o ajuizamento da presente ação, sem que possam atrair para si a legitimatio ad causam de que é detentor o órgão coletivo no qual estão investidos de função pública destituída de poder para representá-lo»; y, por último, «Diante de tais circunstâncias, embora se reconheça legítimo o empenho dos parlamentares impetrantes para fazer cumprir a Constituição, principalmente em tema de repercussão internacional, a via escolhida – mandado de segurança – não se presta para os fins pretendidos, dado que não podem ocupar o pólo ativo da impetração. Assim sendo, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF, c/c o artigo 8º da Lei n° 1.533/51, e na jurisprudência do Tribunal, não conheço do writ»: sentença STF, Decisão Monocrática, MS MC 23.914/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 08.05.01 (DJU 18.05.01 pág. 235; voto Min. rel. párrs. 7º a 9º y 12º a 13º).*

<sup>134</sup> El pleno de la Suprema Corte, al confirmar la resolución del Min. M. Corrêa (MS 23.914/DF), dejó sentenciado lo siguiente: «AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR DEPUTADOS FEDERAIS CONTRA ATO OMISSIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ACORDO INTERNACIONAL ASSINADO POR MINISTRO DE ESTADO. OMISSÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM SUBMETER O ATO AO CONGRESSO NACIONAL. DIREITO SUBJETIVO INEXISTENTE. PRECEDENTES. 1. Não tem legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança o parlamentar que pretende defender prerrogativa do Congresso Nacional, visto que “direito individual, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem o invoca e não apenas a sua categoria, corporação ou associação de classe” (Hely Lopes Meirelles, in “Mandado de Segurança e Ação Popular”, 18ª ed., Malh. Edit. 1997, p. 34). [...] 3. Esta Corte tem admitido a legitimidade dos parlamentares para impetrar mandado de segurança fundamentado na ilegalidade ou inconstitucionalidade do andamento do processo legislativo. Hipótese não verificada na espécie. 4. Incabível a alegação de invalidade jurídica do ato internacional por ter sido assinado por autoridade absolutamente incompetente, uma vez que, tendo sido celebrado o acordo em 18 de abril de 2000, de há muito se operou a decadência. 5. Pelo fundamento da omissão do Presidente da República em submeter o ato ao Congresso Nacional, o mandado de segurança está prejudicado, visto que o referido ato internacional já foi encaminhado à apreciação do Congresso Nacional por meio da Mensagem Presidencial n° 296, de 02 de abril de 2001 (D.O.U. de 03.04.01). 6. Quando o poder público se abstém do dever de cumprir a Constituição, cabe ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, artigo 103, § 2º). [...] Agravo regimental a que se nega provimento»: sentença STF, Pleno, MS (AgReg) 23.914/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 20.06.01 (DJU 24.08.01; ementa, así también voto Min. rel. N° 1 a 8 y 14).

<sup>135</sup> Sobre la falta de legitimidad activa de los parlamentarios para interponer MS en defensa del debido proceso legislativo constitucional, aunque no ya referido en exclusiva al procedimiento en materia de tratados, puede

En su control el STF recurre, en primer lugar, a las disposiciones (de derecho interno e internacional) que han llevado al ejecutivo a no remitir el acto internacional al congreso<sup>136</sup>.

El decreto legislativo que aprueba un tratado internacional constituye una autorización que el congreso federal otorga al poder ejecutivo para que, de creerlo conveniente a los intereses del Estado, pueda proceder a la ratificación. Esta autorización no obliga en absoluto al presidente, siendo absolutamente discrecional su potestad de efectivizar la ratificación a través de las vías fijadas al respecto<sup>137</sup>.

En última instancia el deber de cooperación entre ambos sectores del Gobierno (ejecutivo y legislativo), cada uno en el marco de sus propias competencias, viene salvaguardado por el principio de la división de poderes, plasmado en el art. 2º de la constitución.

Otra de las cuestiones que ha tenido un importante debate hace relación a la posibilidad que tiene el congreso de anexar *reservas* a los tratados que aprueba, a fin de que el ejecutivo cuando lleve a cabo la ratificación presente tales ajustes al resto de las Partes contratantes<sup>138</sup>. Según Accioly, el consentimiento del legislativo se otorga sobre la totalidad del acuerdo sometido, por lo que las potestades del parlamento son la aprobación o el rechazo del tratado en su conjunto, estándole

---

verse sentencia STF, Pleno, MS 24.041/DF, rel. Min. NELSON JOBIM, 29.08.01 (*pendiente de publicación en el DJU*; ver Informativo del STF N° 239, 27 a 31 de agosto de 2001).

<sup>136</sup> En un expediente reciente (MS 24.085), el rel. Min. Sydney Sanches no hizo a lugar una medida provisional presentada por legisladores en el marco de un mandado de segurança, incoado contra el presidente de la República y el ministro de Relaciones Exteriores, por la autorización para el funcionamiento de una oficina del servicio secreto norteamericano (CIA). En su decisión individual el magistrado tomó en consideración, a partir de los informes suministrados por el poder ejecutivo (Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores), que según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares cabe al Estado de Brasil, como país contratante, la obligación de cooperar con las oficinas consulares de los demás Estados, entre ellas las de los Estados Unidos. Este deber, según la decisión emitida, encuentra fundamento en el principio constitucional de “cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad” (art. 4º, IX, CF 1988), al punto tal de que «qualquer violação a este dever de cooperação implica o descumprimento da norma constitucional e daquela norma convencional» [cf. sentencia STF, Decisão Monocrática, MS 24.085/DF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, 17/10/01 (*pendiente de publicación en el DJU*; transcrito en “Notícias do STF de 17/10/2001: STF indefere pedido de liminar contra instalação de escritório do serviço secreto dos EUA”; extraído del sitio del STF: <http://www.stf.gov.br/noticias/> -visitado el 18.10.2001)].

<sup>137</sup> «Via de regra, segundo normas pacíficas e universalmente aceitas de Direito Internacional, um tratado entre vários Estados, ou, mais especificamente, um tratado cuja observância envolverá diretamente os cidadãos das potências em causa, é, depois de assinado, submetido á aprovação do Poder Legislativo. Essa aprovação, operada legalmente através de Decreto Legislativo, significa que o Poder Executivo está autorizado a ratificar o tratado»: sentencia STF, Pleno, RE 70.356/71, cit. (voto Min. rel. párr. 4º, acompañado por el Pleno).

Así también la AGU [Parecer N° SF-01/2000, cit. (§§IV:74 y V:91)].

<sup>138</sup> Ver sobre este debate CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 438 a 450.

vedado modificar el acto internacional<sup>139</sup>; lo que podría hacer el legislador, agrega, es sugerir al ejecutivo la revisión de algunas disposiciones o subordinar la aprobación a la previa reforma del acuerdo a través de negociaciones con los otros Estados contratantes. Para este autor, la ratificación no puede ser hecha bajo reservas, sino únicamente cuando el resto de las Partes las acepten o el propio tratado las permita<sup>140</sup>. Câmara, afirma que el legislativo sólo es competente para aprobar o rechazar el acuerdo, y de manifestar su consentimiento adosando enmiendas debe entenderse que lo ha desaprobado<sup>141</sup>. A su turno, Rezek también le concede al congreso la prerrogativa de aprobar los tratados “com *restricções*” que el gobierno a la hora de ratificar “traduzirá em *reservas*”, siempre que el convenio en cuestión las admita o al menos no las prohíba explícitamente<sup>142</sup>.

El propio Congreso se ha expedido sobre este punto a través de distintos dictámenes de sus comisiones internas. Estos departamentos del legislativo han reconocido que el legislador, al apreciar un tratado, tiene la facultad de proponer enmiendas en forma de reservas, para que sean efectivizadas por el ejecutivo en el momento de la ratificación<sup>143</sup>.

En materia de tratados *bilaterales* debe citarse un asunto aún pendiente en el ámbito de la cámara de diputados, relativo a la aprobación del Acuerdo entre Brasil y los Estados Unidos sobre Salvaguardias Tecnológicas en el marco de la utilización del Centro de Lanzamiento de Alcântara<sup>144</sup>. El tratamiento se inició en la CREDN cuyo relator, diputado W. Pires, luego de rechazar la autorización en un

<sup>139</sup> Así también opina Bevilaqua, para quien el congreso sólo puede aprobar o rechazar *in totum* el tratado, pero jamás podrá enmendar su texto (BEVILAQUA, Clovis, parecer cit., pág. 19). Igualmente, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações...”, cit., págs. 74 y 80; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 693; RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 6.

<sup>140</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, págs. 580 a 581.

<sup>141</sup> Agrega también que si el ejecutivo ha negociado el tratado con reservas el legislativo no podrá retirarlas (CÂMARA, José Sette, op. cit., pág. 68). En contra, REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 73.

<sup>142</sup> REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 73 (el énfasis es del original); igualmente, OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., págs. 239 a 243.

<sup>143</sup> Así por ejemplo lo ha dictaminado por la Comisión de Constitución y Justicia y de Redacción (CCJR) de la Cámara de Diputados (parecer del relator, diputado J. Thomaz Nonô, de 31 de agosto de 1994, aprobado por la Comisión, Diario del Congreso Nacional –DCN–, sección I, 05.05.93, págs. 8.799 a 8.800; parecer del relator, diputado Edinho Araujo, aprobado por la Comisión el 29 de agosto de 1995, Diario de la Cámara de Diputados –DCD–, 20.04.96, pág. 811). En igual sentido se ha expedido la Comisión de Relaciones Exteriores y Defensa Nacional (CREDN) de la misma cámara (parecer del relator, diputado Pedro Valadares, aprobado por la Comisión el 1 de noviembre de 1995, DCD 08.12.95, págs. 8.421 a 8.422).

<sup>144</sup> “Acuerdo entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre Salvaguardias Tecnológicas Relacionadas a la Participación de los Estados Unidos de América en los Lanzamientos desde el Centro de Lanzamiento de Alcântara”, celebrado en Brasilia, el 18 de abril de 2000.

El poder ejecutivo elevó el convenio por Mensaje N° 296/2001, de 2 de abril de 2001, acompañado por la Exposición de Motivos Interministerial N° 68/2001/MRE – MCT– MD, de 23 de marzo (DOU 03.04.01).

primer momento<sup>145</sup>, reformuló su parecer y se expidió por la aprobación del tratado. No obstante, para así decidir el legislador supeditó su dictamen favorable a la introducción de modificaciones en el “contenido” mismo del acuerdo<sup>146</sup>. La comisión aprobó, además del parecer, el proyecto de decreto legislativo elaborado por el diputado W. Pires, que contiene, respecto al convenio original enviado por el ejecutivo, cinco párrafos suprimidos y otros tantos alterados, más una adicción<sup>147</sup>. Posteriormente el acuerdo quedó radicado en la Comisión de Ciencia y Tecnología, Comunicación e Informática (CCTCI), recayendo la relatoría en el diputado J. Rocha, quien reformulando su voto modificó el proyecto de la CREDN adicionando seis cláusulas interpretativas, logrando el consenso de la comisión<sup>148</sup>. Por último, cabe acotar que el proyecto se encuentra en la CCJR, cuyo relator, diputado Z. Coutinho, apoyándose principalmente en el dictamen de su par W. Pires, se ha expedido por la “constitucionalidad, juridicidad y técnica legislativa” del decre-

<sup>145</sup> Ver CREDN, Mensaje N° 296, de 2001, parecer del relator, diputado Waldir Pires, de 17 de agosto de 2001 (disponible en el sitio de la cámara de diputados: <http://www.camara.gov.br/> –visitado el 02.06.2002). El rechazo obedeció, entre otras razones, a las obligaciones que el tratado imponía al Estado brasileño, con un claro beneficio para los Estados Unidos, a la protección que el acuerdo dispensaba a ciertas áreas de la base de lazamiento, las cuales quedaban fuera de todo control por parte de las autoridades nacionales y, por último, a las restricciones que se imponía a Brasil en lo relativo a la suscripción de convenios de cooperación internacional en materia de tecnología nuclear y satelital con terceros países.

<sup>146</sup> Previamente, el relator había argumentado, citando la opinión de Valladão y el parecer del diputado Thomaz Nonô, que cabe al poder legislativo las siguientes facultades constitucionales: la de proponer al ejecutivo la ratificación con reservas, la de modificar el texto del tratado sometido a su consideración y la de agregar cláusulas interpretativas (cf. CREDN, parecer reformulado aditivo, relator diputado W. Pires, de 31 de octubre de 2001, DCN, sección I, 24.10.01, pág. 52.475; párrs. 4°, 5°, 7°, 10°, 13° a 19°, 22° a 28°, 31° a 33° y 35° a 37°).

En el caso concreto, el diputado W. Pires mantuvo que “[p]or conseguinte, o texto do presente acordo, caso seja aprovado com *ressalvas* e *emendas*, seria publicado com todas as *modificações introduzidas* em seu *texto pelo Congresso Nacional* e vigoraria, na ordem jurídica brasileira, dessa forma. Evidentemente, isto implicaria a renegociação do Acordo antes da promulgação, pois haveria grandes diferenças entre o texto negociado pelo Poder Executivo com o governo norte-americano e o texto aprovado pelo Congresso Nacional. Mas tal só poderia acontecer caso os governos brasileiro e norte-americano concordem em renegociá-lo. Se essa renegociação não ocorrer, o Acordo, é evidente, não seria promulgado e introduzido na ordem jurídica interna” (cf. *ibidem*, párr. 21°).

<sup>147</sup> A saber, párrs. 1° “A”, “B”, “E” y “F”, y 3° del art. III, 3° del art. IV, 2° y 5° del art. VI, 1° “B” y 3° “B” del art. VII y 4° del art. V, todos del acuerdo, respectivamente (cf. los arts. 2° a 7° del proyecto de decreto legislativo). El art. 1° de proyecto prescribe: “Fica aprovado o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América sobre Salvaguardas Tecnológicas Relacionadas à Participação dos Estados Unidos da América nos Lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara, celebrado em Brasília, em 18 de abril de 2000, ressaltados os parágrafos 1.A, 1.B, 1.E, 1.F e 3 do artigo III, com a redação assinalada nos artigos 2°, 3°, 4°, 5°, 6° e 7° do presente projeto de decreto legislativo” (DCN, sección I, 24.10.01, págs. 52.479 a 52.481). La aprobación en la comisión resultó por mayoría y con votos separados.

<sup>148</sup> Ver CCTCI, Mensaje N° 296, de 2001, parecer y reformulación de voto del relator, diputado J. Rocha, de 24 de abril de 2002; disponible en el sitio web de la cámara de diputados). La comisión aprobó el dictamen por mayoría, votando en contra los diputados W. Pinheiro y J. Bittar quienes fueron favorables al proyecto de decreto según la redacción consensuada en la CREDN.

to<sup>149</sup> tal como fue aprobado por la CREDN; el parecer del relator se encuentra pendiente de su tratamiento en la comisión.

Para concluir, también ha sido objeto de posiciones enfrentadas la participación del parlamento en lo que hace a la etapa de finalización de los tratados por medio de *denuncia*<sup>150</sup>. Para algunos autores, como Bevilaqua y Câmara, la denuncia de los convenios internacionales constituye una competencia privativa del presidente, razón por la cual, aún en los supuestos de acuerdos que hayan sido aprobados por el legislativo, el acto de distrato no requiere el asentimiento de ninguna de las casas del congreso<sup>151</sup>.

## ii) Zona de reserva de ley

Como principio general, la regla de la reserva de ley se encuentra enunciada en el art. 5º, II, de la carta fundamental. Su manifestación en el campo impositivo surge del art. 150, I y §6º, de la constitución<sup>152</sup> y se plasma, además, en diversas disposiciones del Código Tributario Nacional, entre otros, los arts. 96, 97 y 176.

La CF 1988 exige la intervención del congreso, entre otros, en los arts. 49, V (convalidación de actos del poder administrador), 62 (medidas provisorias) y 85, II (responsabilidad del presidente por obstaculizar al poder legislativo en el ejercicio de sus facultades). No deben olvidarse también las disposiciones constitucionales que regulan la distribución de competencias entre los diferentes departamentos del Estado.

Uno de los sectores con mayor resonancia en el marco de los tratados de integración económica, es el relativo al establecimiento del arancel externo común (AEC) y, consecuentemente, la facultad del órgano encargado de su regulación para ejercer las competencias que ha nivel nacional se encuentran ligadas a la determinación de los derechos de exportación e importación<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Ver CCJR, Mensaje N° 296, de 2001, parecer del relator, diputado Z. Coutinho, de 10 de abril de 2002 (parecer punto II, párrs. 9º a 18º, y complementación de voto párrs. 11º a 12º; disponible en el sitio web de la cámara de diputados).

<sup>150</sup> Ver CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., "O Poder Legislativo...", cit., págs. 99 a 100.

<sup>151</sup> BEVILAQUA, Clovis, parecer cit., págs. 14 a 21; CÂMARA, José Sette, op. cit., págs. 69 a 70.

<sup>152</sup> RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 6 y nota a pie de página N° 13.

<sup>153</sup> Constitución, art. 153 "Compete a la Unión instituir impuestos sobre: I- importación de productos extranjeros; II- exportación, para el exterior, de productos nacionales o nacionalizados;... § 1º- Es facultado al Poder Ejecutivo, atendidas las condiciones y los límites establecidos en la ley, alterar las alícuotas de los impuestos enumerados en los incisos I, II, IV e V" y, subsidiariamente, arts. 22 "Compete privativamente a la Unión legislar sobre:... VIII- comercio exterior e interestatal", 237 "La fiscalización y el control sobre el comercio exterior, esencial para la defensa de los intereses de la Hacienda nacional, será ejercido por el Ministerio de Hacienda" y concordantes.

Para un caso concreto sobre la aplicación del art. 237 y el principio de la reserva legal puede verse la resolución en pleno de la Suprema Corte, del 8 de abril de 1994, dictada en el marco de un recurso contra la suspensión de la segurança (amparo) N° 621. En dicho expediente se puso en entredicho la constitucionalidad

Según la jurisprudencia la facultad del poder ejecutivo para modificar los aranceles de importación y exportación no necesita –en cuanto a su base normativa– de la existencia previa de una ley *complementaria* (“lei complementar”), sino que resulta suficiente una ley ordinaria del congreso que determine las condiciones y límites dentro de los cuales se podrá ejecutar. Por su parte, la alteración de las alícuotas correspondientes puede ser efectuada directamente por el poder administrador, siendo necesario para tal fin –únicamente– la existencia de una disposición legislativa a manera de habilitación normativa<sup>154</sup>.

En definitiva es facultad del ejecutivo (CF 1988, art. 153, I y II) disminuir o aumentar (“majorar”) las alícuotas de los derechos arancelarios<sup>155</sup>.

Por ello resulta jurídicamente viable la celebración de un tratado, que sea luego aprobado por el congreso, en el que se establezca –de forma anticipada– dentro de las atribuciones de los órganos que el mismo acuerdo crea, la prerrogativa de alterar las alícuotas de los derechos de importación y exportación del territorio aduanero del que Brasil forme parte.

---

de la Portaria DECEX N° 8/91 (Departamento de Comercio Exterior, 13.05.91), cuyo art. 27 prohíbe la importación de productos usados. Invocada la reserva legislativa, el Alto tribunal –ratificando el ajuste constitucional de la norma administrativa– sentenció lo siguiente: «*Importação de veículos usados. Relevo da tese de la União Federal, em face da aplicação dada, pela decisão concessiva da liminar, ao princípio da reserva legal, em detrimento da competência assegurada, ao Poder Executivo, pelo art. 237 da Constituição. Princípio da isonomia, também invocado pelos agravantes, mas comprometido pela diversidade de regras de mercado (entre bens novos e usados), capaz de ensejar correlação lógica à discutida discriminação. Suspensão de segurança confirmada por maioria*» [sentencia STF, Pleno, SS (AgRg) 621/PE, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 08.04.94 (DJU 13.05.94; ementa, ver también voto Min. rel. párrs. 7° y 8°). En idéntica posición ver sentencia STF, Pleno, RE 203.954/CE, rel. Min. ILMAR GALVÃO, 20.11.96 (DJU 07.02.97; ementa, también voto Min. rel. párrs. 12° y 13°, voto Min. M. Côrrea párr. 5°, voto Min. C. de Mello párrs. 3° a 8°, 9°, 10° a 14°, 15° y 17°).

<sup>154</sup> «*Imposto de importação: alteração das alíquotas, por ato do Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei: C.F., art. 153, §1º. A lei de condições e de limites é lei ordinária, dado que a lei complementar somente será exigida se a Constituição excepcionou a regra inscrita no art. 146, II*»: sentencia STF, Pleno, RE 225.602/CE, rel. Min. CARLOS VELLOSO, 25.11.98 (DJU 06.04.01; ementa I, ver también voto Min. rel. párr. 1°, votos Mins. N. Jobim párrs. 2° a 5°, M. Corrêa párrs. 6° a 8°, I. Galvão párrs. 1° y 2° y S. Pertence párrs. 1° y 2°).

En la doctrina de los tribunales inferiores pueden citarse sentencias TRF-5ªR, 2ª turma, AMS [apelación en un mandato de segurança] 53.405/AL, rel. Juiz Ataíde Cavalcante, 12.03.96 (DJU 19.04.96 pág. 25.614; ementa «*A necessidade de Lei Complementar para tal alteração da alíquota aqui discutida não pertine. Como se sabe, a alteração de alíquota de imposto por parte do Poder Executivo pode ser feita através de simples ato administrativo*»); 2ª turma, AMS 53.355/PB, rel. Juiz Geraldo Apoliano, 19.03.96 (DJU 19.04.96 pág. 25.631); 2ª turma, AC 96.488/AL, rel. Juiz Araken Mariz, 19.08.97 (DJU 12.09.97 pág. 73.722); 2ª turma, AgIn 13.168/PE, rel. Juiz Petrucio Ferreira, 16.12.97 (DJU 25.02.98 pág. 354).

<sup>155</sup> Sentencias TRF-3ªR, 2ª turma, AMS 96.03.054769/SP, rel. Juiz Baptista Pereira, 06.08.97 (DJU 25.02.98 pág. 111); 2ª turma, AMS 96.03.034927/SP, rel. Juiz Baptista Pereira, 16.12.98 (DJU 01.03.00 pág. 410); también sentencia TRF-4ªR, 2ª turma, AC 1998.04.01.033854/PR, rel. Juiz João Pedro Gebran Neto, 18.05.00 (DJU 26.07.00 pág. 75).

La aplicación del principio de la reserva de ley adquiere importancia también en lo que hace a la competencia tributaria propiamente dicha. En este sentido es posible sostener la legitimidad de una delegación en el poder administrador de atribuciones para la negociación y aprobación de actos internacionales relativos a este campo, lo que incluye la constitución de organismos internacionales de integración con capacidad decisoria. Para que exista un traspaso válido al ejecutivo la autorización del congreso debe ser expresa, en otras palabras, la delegación ha de resultar explícitamente reconocida por el convenio habilitante.

Por estas razones no habría obstáculo para que mediante un tratado se transfieran atribuciones normativas en materia tributaria a instituciones internacionales, siempre que ello se desprenda de manera clara del acuerdo y que, al mismo tiempo, haya contado previamente con la aprobación del parlamento. Al ser el Legislativo titular de la potestad tributaria nada le impide delegar su ejercicio, en términos delimitados, a Organizaciones Internacionales, en cuyo seno se encuentren representantes del Estado brasileño. Por un tal convenio internacional el legislador abdicaría, temporalmente y de forma voluntaria, de su potestad regulatoria en los ámbitos de aplicación abarcados por el tratado<sup>156</sup>.

Por último, otro campo en el que interviene la reserva legal es en cuanto a la tipología legislativa exigible, a saber si es suficiente una ley ordinaria o si es necesario una de naturaleza complementaria. Según el sistema constitucional brasileño determinados asuntos de especial importancia requieren su tratamiento por vía de leyes complementarias, las cuales se distinguen de las leyes ordinarias<sup>157</sup> por las mayorías que se requieren para su sanción (absoluta)<sup>158</sup>. Las materias propias de

<sup>156</sup> La AGU se ha expedido restrictivamente sobre esta cuestión. En su parecer N° SF-01/2000 dicho órgano técnico mantuvo, luego de recordar que «[a] *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, mais especificamente no seu artigo 150, § 6º, determina que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativo a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual, ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g (convênio do ICMS).*», que «[a]to internacional, que traga uma isenção de tributos federais, só se insere no nosso Direito, com hierarquia equiparável a de uma lei ordinária, após seguir o processo constitucionalmente previsto para essa incorporação: a celebração, a apreciação e aprovação pelo Congresso Nacional, e a promulgação e publicação do Decreto do Presidente da República, procedimento que o Regulamento de Melbourne ainda não observou»: AGU, Parecer N° SF-01/2000, cit. (§VI:116 y 118). Agregó, además, que dicha reserva de intervención parlamentaria no es susceptible de delegación (*ibidem*, §VI:119 y 120). No obstante, el dictamen de la AGU fue emitido en un marco diferente de los acuerdos de integración económica.

<sup>157</sup> A tenor de la jurisprudencia no existe –en términos precisos– diferencia de jerarquía entre ambos tipos de normas, sino que la distinción radica en la materia [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel., y voto –vencido– Min. C. Velloso punto I, párr. 12º)].

<sup>158</sup> Constitución, arts. 69 (leyes complementarias) “Las leyes complementarias serán aprobadas por mayoría absoluta”, y 47 (leyes ordinarias) “Salvo disposición constitucional en contrario, las decisiones de cada Cámara y de sus comisiones se adoptarán por mayoría de votos estando presente la mayoría absoluta de sus miembros”.

las leyes complementarias responden a un *numerus clausus* establecido en la constitución<sup>159</sup>.

La doctrina del Supremo Tribunal ha rechazado la posibilidad de que por medio de tratados y actos internacionales puedan regularse supuestos de reserva legal complementaria<sup>160</sup>, *so pena* de ser declarados inconstitucionales<sup>161</sup>. Tal negativa no fue firmada por la unanimidad del pleno del tribunal, ya que –en soledad– el ministro Velloso mantuvo la validez de tales acuerdos externos<sup>162</sup>.

### iii) La cuestión de los Acuerdos en forma simplificada<sup>163</sup>

Cabe ahora analizar la cuestión de la permisibilidad de la constitución respecto de los acuerdos concertados en forma simplificada, es decir aquellos negocios internacionales en los que el poder administrador ha consentido internacionalmente en obligar al Estado prescindiendo de la intervención previa del congreso nacional. Se los conoce por oposición a los tratados celebrados en debida forma. Esta última denominación no debe llevar a confusiones; los acuerdos de mecanismo simplificado no son, por tal motivo, concertados en *indebida* forma, sino que, a diferencia de los pasos tradicionalmente recorridos por un tratado (que incluye la intervención legislativa), no necesitan de una de las etapas. Ello no los transforma de facto en especies reñidas con el ordenamiento jurídico, sino que son demostrativos de una modalidad de celebrar convenios internacionales.

Su origen ha sido impuesto por la práctica de las relaciones exteriores. Ha de recordarse que, diferentemente a lo que ocurre a nivel interno –caracterizado

<sup>159</sup> Según la constitución las siguientes disposiciones exigen ley complementaria: arts. 7, I, 14, §9º, 18, §§2º, 3º y 4º, 21, IV, 22, párrafo único, 23, párrafo único, 25, §3º, 37, VII, 40, §1º, 43, §1º, 45, §1º, 49, II y 84, XXII, 59, párrafo único, 79, párrafo único, 93, 121, 128, §§4º y 5º, 129, VI y VII, 131, 134, párrafo único, 142, §1º, 146, 148, 153, VII, 154, I, 155, III, X “a” y XII, 156, IV y §4º, 161, 163, 165, §9º, 184, §3º, 192, 201, §7º, 231, §6º, entre otros.

<sup>160</sup> «*Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil –ou aos quais o Brasil venha a aderir– não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno*» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 5º, párr. 2º; voto Min. rel. párrs. 134º, 141º a 142º, 147º a 148º y 149º; y votos Mins. N. JOBIM párrs. 18º a 53º, M. Corrêa párrs. 2º a 3º, M. Aurelio párr. 3º, y N. da Silveira párrs. 18º a 21º. La negrita está en el original).

<sup>161</sup> Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párr. 143º).

<sup>162</sup> Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto –vencido– Min. C. Velloso puntos I, párrs. 8º, 11º y 15º, y V.1). En este supuesto el tratado se incorporará al derecho interno, según el mismo magistrado, con el rango de una ley complementaria.

<sup>163</sup> Para el tratamiento de la presente cuestión resulta de lectura obligatoria el excelente trabajo del actual Consultor Jurídico del Palacio de Itamaraty, prof. Antônio Cachapuz de Medeiros (“O Poder de celebrar Tratados”, 1995, citado), en el cual se trata la evolución histórica y la práctica seguida en Brasil, tanto en lo que hace al ejecutivo como al legislativo, en materia de acuerdos concertados de forma abreviada y aquellos celebrados bajo el trámite solemne.

por el positivismo propio de los derechos nacionales—, en el sistema jurídico internacional el valor de la costumbre como hecho generador de normas vinculantes es de sustancial importancia. No resulta arriesgado afirmar que la costumbre, entendida como reiteración consciente de prácticas consideradas obligatorias, constituye sino la principal una de las fuentes fundamentales del derecho internacional<sup>164</sup>. De allí el reconocimiento de esta modalidad convencional dentro de la tipología de acuerdos internacionales.

Las discusiones actualmente hacen relación a los límites que debe respetar el poder ejecutivo en el uso de esta clase de acuerdos, toda vez que como consecuencia de su utilización determinados ámbitos de la política exterior escapan al contralor legislativo. La dificultad radica en establecer criterios que fijen la línea divisoria entre los tratados que requieren de la aprobación del congreso y aquellos que no.

En el derecho brasileño es muy conocido el debate trabado entre A. Valladão y H. Accioly en torno a la habilitación constitucional de los acuerdos en forma abreviada<sup>165</sup>.

El primero de los autores tomó la iniciativa al publicarse la opinión que emitiera como Consultor General de la República<sup>166</sup>, respecto a un convenio entre Brasil y Francia sobre pagos (1950), celebrado por canje de notas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Embajada Francesa en Río de Janeiro. La consulta planteada se refirió a si dicho acuerdo, tratándose de un convenio meramente administrativo que el gobierno celebró por su propia autoridad, debía ser aprobado por el poder legislativo.

En su intervención Valladão reparó en la distinción que la antigua constitución de 1891 hacía sobre las atribuciones del presidente y del congreso a la hora de la tramitación de los acuerdos internacionales<sup>167</sup>; no obstante considerar que las prerrogativas de este último eran más restrictiva, manifestó que el texto de la Carta se orienta a favor de la participación activa del legislativo toda vez que las potestades presidenciales en la materia deben ejercerse “*ad referendum* do Congresso”<sup>168</sup>, lo cual resulta confirmado por la opinión de la doctrina. Tal exigencia no fue alte-

<sup>164</sup> Consultar BARBERIS, Julio, “Formación del derecho internacional”, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994, pág. 98 s.

<sup>165</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder Legislativo...”, cit., págs. 76 a 99; del mismo autor, “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 288 ss.

<sup>166</sup> VALLADÃO, Haroldo, “Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso nacional”, parecer del Consultor General de la República 253-R, BSB DI, año VI, N° 11/12, enero - diciembre 1950, págs. 95 a 99. Tomado de la transcripción íntegra del parecer realizada en BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados...”, cit., págs. 97 a 100.

<sup>167</sup> Constitución de 1891, arts. 34, 12, y 48, 16, antes citados.

<sup>168</sup> VALLADÃO, Haroldo, “Aprovação de ajustes internacionais...”, cit. (parecer, punto IV).

rada, según el autor, con el avenimiento de las constituciones de 1934 y 1946<sup>169</sup>, que hablan sólo de “tratados” y “convenciones”, restringiendo la tipología mencionada en el texto de 1891; dentro de ambas expresiones caben todos los actos internacionales<sup>170</sup>. En definitiva, Valladão concluyó que “[h]á de ser, assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc...”<sup>171</sup>.

La respuesta del prof. H. Accioly, en tren de justificar la validez de esta modalidad de tramitación de los convenios internacionales, comenzó por constatar que la misma forma parte de una práctica constantemente aceptada, y no menos utilizada, por el Estado brasileño<sup>172</sup>. Más allá de la adhesión del sistema de gobierno al presidencialismo, agrega Accioly, aún en los países que siguen los cánones del parlamentarismo reconocen la viabilidad jurídica de los acuerdos externos que prescindan de la intervención del legislador<sup>173</sup>. Las prerrogativas del congreso en el trámite de aprobación de los tratados no debe llevar al extremo de hacer pensar que el dicho órgano participa en la dirección de la política exterior del Estado, atribución que por mandato constitucional se encuentra en cabeza del presidente de la Nación, quien además es el encargado de mantener relaciones con las demás potencias extranjeras. Rebate también el argumento de los comentaristas de la constitución afirmando que aquellos enunciaron meramente una opinión, “isto não quererá dizer que... [un] critério [diferente] seja inaceitável”<sup>174</sup>. Resulta interesante asimismo su contra-argumento a la tesis de Valladão sobre la restricción terminológica del texto constitucional toda vez que, con el mismo razonamiento, la ausencia en la nueva Carta del término “ajustes” pudo haber tenido la intención de “admitir que para os meros ajustes não se deve exigir a aprovação legislativa”<sup>175</sup>. En su opinión el punto en debate debe ser tratado a partir del derecho internacional y no del derecho interno. Citó en su apoyo la Convención de La Habana de 1928, aunque no descartó que pueda también socorrer a la posición

<sup>169</sup> Constituciones de 1934, arts. 40, “a”, 91, 1º “F”, y 56, 6º; de 1946, arts. 66, I, y 87, VII, antes citados.

<sup>170</sup> Menciona el parecer que “[n]ão se referindo mais os novos textos, qual em 1891, também às negociações internacionais e ajustes nas atribuições do Presidente, ou esses atos entram na chave ampla ‘tratados e convenções’ ou o Poder Executivo não teria competência para assina-los” [VALLADÃO, Haroldo, “Aprovação de ajustes internacionais...”, cit. (parecer, punto V)].

<sup>171</sup> VALLADÃO, Haroldo, “Aprovação de...”, cit. (parecer, punto V).

<sup>172</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira”, BSBDI N° 13/14, enero - diciembre 1951, págs. 20 a 33. Tomado de la transcripción íntegra del parecer publicada en BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados...”, cit., págs. 100 a 105 (punto I; más adelante, en el punto VIII, el autor enumera una extensa lista de acuerdos firmados por Brasil que han seguido el trámite abreviado).

<sup>173</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema...”, cit. (punto III).

<sup>174</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema...”, cit. (punto IV).

<sup>175</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema...”, cit. (punto VI).

contraria<sup>176</sup>. En resumen “[s]eja como for,..., entre nós, o costume já de muitos anos –ainda que se pretenda estabelecido extra-legal– é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina”<sup>177</sup>.

El mismo autor vuelve sobre el debate en su tratado, ocasión en la que sostiene que, además de la *praxis* mantenida por los sucesivos gobiernos brasileños en materia de acuerdos en forma simplificada, también pueden invocarse disposiciones del derecho interno. Según Accioly las normas que regulan el reparto de competencias entre los poderes ejecutivo y legislativo brindan un elemento adicional, en el sentido de que los acuerdos externos que el primero firme, en el ámbito de sus atribuciones privativas, no requieren del asentimiento congressional<sup>178</sup>.

Durante la vigencia de la Carta de 1967<sup>179</sup> el prof. Valladão debió nuevamente cursar opinión, ahora desde su cargo de Consultor Jurídico de Itamaraty<sup>180</sup>. La consulta planteada era si debía someterse a consideración del congreso un acuerdo celebrado por cambio de notas, entre Brasil y los Estados Unidos, relativo a

<sup>176</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema...”, cit. (puntos VII a IX).

<sup>177</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Ainda o problema...”, cit. (punto X).

<sup>178</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, págs. 574 a 577. Existen supuestos que si bien Accioly no los identifica, explícitamente, como acuerdos ejecutivos, no obstante por su mecanismo se asemejan a ellos, en tanto que no resulta exigida la ratificación. Estos casos son: (i) aquellos acuerdos celebrados por determinados funcionarios, dentro del estricto campo de sus competencias y siempre sobre asuntos de índole local o de escasa importancia, (ii) los convenios celebrados para la ejecución o la interpretación de tratados ya ratificados cuando no alteren su sustancia, (iii) los actos denominados de *modus vivendi*, es decir que no persiguen modificar un estado de cosas actual o aquellos que vienen a establecer las bases de una futura negociación, (iv) y los acuerdos que tratan cuestiones puramente administrativas de atribución exclusiva del poder ejecutivo; agrega además (v) la práctica seguida en materia de prórroga de tratados ratificados cuyo plazo no ha expirado aún. También se refiere Accioly, con cita de la opinión de Fauchille, a la declaración de reciprocidad en materia de extradición por intercambio de notas (vi), esto es la promesa formulada por el Estado requirente al presentar su pedido, ante la ausencia o insuficiencia de un tratado, de otorgar el mismo trato a las solicitudes que provengan del Estado requerido; no obstante, considera que tal instrumento constituye en realidad un verdadero tratado de extradición, por lo que resulta necesario su paso por el congreso (ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, págs. 577 y 598 a 599).

Con relación a la declaración de reciprocidad el STF ha confirmado que ella puede prescindir de la aprobación del congreso sin que ello vulnere la constitución, aunque únicamente cuando se trate de su aceptación frente al ofrecimiento de otro Estado y no como una promesa dirigida por el gobierno nacional [sentencias STF, Pleno, EXT 340/RFA, rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, 14.09.1977 (DJU 07.10.77; ver ementa y voto Min. rel. N° 6); Pleno, EXT 399/FR, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 15.06.1983 (RTJ 108/18; voto Min. rel. párr. 2°. Si bien en este proceso el relator resultó vencido en su voto la diferencia de criterio con el resto del pleno –excepto el Min. Rezek que fue de la misma posición– no radicó en la cuestión que se analiza, sino en algunos puntos sobre el fondo del pedido de extradición].

<sup>179</sup> Constitución de 1967, arts. 47, I y párrafo único, y 83, VIII, citados.

<sup>180</sup> VALLADÃO, Haroldo, “Necessidade de aprovação pelo Congresso nacional de acordo internacional”, parecer de 29 de octubre de 1968, BSBDI N° 49/50, enero - diciembre 1969, págs. 111 a 112. Tomado de la transcripción íntegra del parecer publicada en BORJA, Sérgio, “A incorporação de tratados...”, cit., págs. 100 a 101.

cooperación en investigaciones sobre sensores remotos de relevamiento de recursos naturales. Confirmando su razonamiento afirmó que, a la luz de la constitución, principalmente del art. 83, VIII y su mención “actos internacionales” sujetos al referendo parlamentario, era necesaria la aprobación legislativa del tratado en causa. La exigencia de celeridad en el seno del congreso podía ser salvada, a su entender, con la utilización del mecanismo de trámite urgente que la constitución habilita solicitar al presidente<sup>181</sup>.

Desde esta perspectiva la constitución de 1988 es susceptible de la misma interpretación puesto que no presenta mayores diferencias con el tenor del texto de 1967. Ambas normas fundamentales reconocen como competencia privativa del congreso resolver definitivamente la cuestión de los tratados celebrados por el ejecutivo<sup>182</sup>.

No obstante, las diferencias se presentan respecto a las modalidades normativas que habilita la disposición actualmente en vigor. La Carta de 1988 enumera como tipos de normas los tratados, acuerdos, actos internacionales (art. 49, I) y las convenciones (art. 84, VIII). Según se deduce, la facultad presidencial engloba la tipología completa; en cambio, la participación parlamentaria se encuentra sujeta a que los acuerdos externos tengan una consecuencia directa sobre las rentas nacionales, es decir siempre que de ellos se deriven “encargos o compromisos” que graven sustancialmente el “patrimonio nacional”. De esta manera, la redacción del inciso que exige la intervención del congreso estaría legitimando, a *contrario sensu*, que existen algunos supuestos en los que dicha participación no viene requerida por la constitución, a saber cuando el tratado, el acuerdo o el acto internacional no acarree “encargos o compromisos gravosos” al patrimonio del Estado en su conjunto. En otras palabras, según la propia constitución parecerían tener válidos dos tipos de acuerdos, por un lado, los que exigen la combinación de la voluntad legislativa y, por el otro, aquellos que por no repercutir –de la forma determinada por la Carta– sobre el patrimonio nacional, no necesitan del previo consentimiento del legislador.

Resulta difícil adherir sin reservas a la tesis que mantienen algunos autores según la cual la disposición del art. 49, I, torna obligatorio el trámite parlamentario para todos los “tratados” y “acuerdos”, y también para todos los “actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional”. La cláusula de gravosidad patrimonial hace referencia –y en consecuencia legitimaría la voluntad del congreso– a todos los tipos de normas enunciados por el inciso I, art. 49.

<sup>181</sup> VALLADÃO, Haroldo, “Necessidade de aprovação pelo...”, cit. (parecer, puntos 2 a 4).

<sup>182</sup> Constitución de 1967, art. 47, I; de 1988, art. 49, I.

También la AGU pareció defender en el asunto *Telebrás - Embratel* la compatibilidad constitucional de los acuerdos de concertación simplificada<sup>183</sup>.

Los debates han continuado luego de la sanción de la ley fundamental de 1988, en gran parte debido a que –como observa M. Rangel– la regulación constitucional antes que esclarecer la cuestión “ao contrário tem acarretado ainda maiores perplexidades...”<sup>184</sup>.

Una de las posiciones más extremas ha sido la expuesta por J. S. Câmara para quien el sistema ideado, que tuvo como finalidad el acotar las atribuciones presidenciales en materia de convenios externos, alteró la tradición constitucional de someter todos los tratados, inclusive los acuerdos ejecutivos, al régimen de aprobación legislativa, toda vez que a tenor del art. 49, I, la competencia exclusiva del congreso se extiende únicamente a los tratados, acuerdos y actos internacionales, que graven el patrimonio nacional, quedando todos los demás convenios exentos del control legislativo<sup>185</sup>.

A su turno Rezek, luego de reconocer que el ordenamiento entonces vigente cuando Accioly defendió su teoría posibilitaba que ciertos acuerdos prescindieran del consentimiento congresional en base a una práctica *extra legem*, manifiesta que esta costumbre, bajo los auspicios de la CF 1988, “não se possa hoje defender senão *contra legem*”. Según agrega, el fundamento más importante del que se valió aquel autor, radicó en una “*costume constitucional*”, que pudo generarse a partir del silencio, la omisión o cuanto menos la ambigüedad de la constitución.

<sup>183</sup> En dicha oportunidad el consultor de la Unión, luego de rememorar que la Carta de 1988 –siguiendo la costumbre de sus antecesoras– «atribuí, no seu artigo 84, inciso VIII, competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitando, no entanto, em todos os casos, qualquer que seja o nome que se dê ao Instrumento internacional, ao referendo do Congresso Nacional», no dejó de constatar que la disposición del art. 49, I, «reforçando o disposto no artigo 84, VIII, parte final, confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente **sobre todos e quaisquer** tratados, acordos, atos internacionais, ou regulamentos internacionais que acarretem **encargos ou compromissos** gravosos ao patrimônio nacional» [cf. AGU, Parecer N° SF-01/2000, cit. (§V:88 y 90, respectivamente. La negrita no figura en el texto)].

<sup>184</sup> RANGEL, Vicente Marotta, “Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente Constituição Brasileira”, en “Hacia un nuevo orden Internacional y Europeo” Estudios en homenaje al prof. Manuel Díez de Velazco, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 494. En el mismo sentido, CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 383.

Strenger considera a su vez que “[a] redação constitucional não é das mais felizes... colocando dúvida sobre como tramitariam tratados não gravosos”; no obstante que para el autor la ratificación y la promulgación continúan siendo imprescindible para que los tratados se tornen aplicables en el derecho interno (STRENGER, Irineu, op. cit., pág. 114).

<sup>185</sup> CÂMARA, José Sette, op. cit., pág. 73, agrega el autor que “[a] decisão sobre qualquer outro tratado, por maior que seja a sua importância, passa a ser da competência exclusiva do Executivo. Se o ‘patrimônio nacional’ não for de qualquer modo atingido, o Executivo tem as mãos livres para ratificar qualquer tratado independentemente de aprovação legislativa”. En similar posición, TÔRRES, Heleno, op. cit., pág. 564. En contra NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugênia, op. cit., pág. 7.

Ahora bien, éste no es el supuesto de la nueva constitución en materia de celebración de convenios internacionales puesto que ésta “*expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o poder Legislativo*”; de allí su conclusión acerca de la imposibilidad de la “*formação idônea de uma costume constitucional contra a letra da Constituição*”<sup>186</sup>. No obstante, Rezek acepta la firma de acuerdos en forma simplificada en tres supuestos y siempre que versen sobre competencias privativas del poder ejecutivo<sup>187</sup>.

Cachapuz de Medeiro llama la atención acerca de la falta de fidelidad de la Comisión de Redacción que elaboró el texto definitivo de la constitución de 1988, con relación al aprobado por el Plenario de la Asamblea Nacional Constituyente. Según el autor, la comisión “*extrapolou indiscutivelmente seus poderes*” al redactar el art. 49, I. En consideración a ello propone que la única interpretación que puede surgir de este artículo es aquella que repare en la voluntad del legislador constituyente. La disposición traduce menos de lo que el constituyente intentó dejar plasmado en el texto. En definitiva, Cachapuz opina que “*o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretarem encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional*”<sup>188</sup>. No obstante, reconoce también la legitimidad de los acuerdos ejecutivos en determinados supuestos<sup>189</sup>.

Según Borja el criterio divisor radica en el principio de reserva legal genérico del art. 5º, II, de la carta política, al cual se debe adicionar la norma del art. 22 (competencias legislativas privativas de la Unión) y las reservas legales especiales (penal, tributaria, etc.), integrando además los límites establecidos en otras dispo-

<sup>186</sup> REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., págs. 64 a 66. La cursiva pertenece al original.

<sup>187</sup> La tipología de acuerdos en forma simplificada aceptada por este autor, como compatible con el texto constitucional, es la siguiente: (i) convenios que proceden a la interpretación de las disposiciones de un tratado vigente y (ii) los actos que se engloban dentro del *modus vivendi* cuando tengan por finalidad elaborar los parámetros para una futura negociación –la cual necesitará consulta al parlamento–; ambos supuestos resultan cobijados por una categoría aglutinante, que Rezek denomina “acuerdos ejecutivos como expressão de diplomacia ordinária” cuyo límite, que marcará la necesidad de la aprobación del congreso, radica en dos ejes, de un lado, la “*reversibilidade*”, esto es la posibilidad de distrato por voluntad unilateral y, de otro, la “*cobertura orçamentária*”, es decir su previsión dentro del presupuesto asignado a las relaciones exteriores. Por último, (iii) los acuerdos que se derivan, de forma necesaria y lógica, de un tratado previamente aprobado por el congreso (REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., págs. 66 a 68). En sentido coincidente, OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía, op. cit., pág. 136.

<sup>188</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 393 a 397 y 479. El autor había anticipado su posición en su obra anterior “O Poder Legislativo...”, cit., págs. 169 a 175.

<sup>189</sup> Las hipótesis validadas son (i) cuando el acuerdo de que se trate tenga por objeto ejecutar, interpretar o prorrogar un tratado que previamente ha conseguido la aprobación del parlamento y (ii) aquellos que se enmarquen estrictamente dentro del quehacer diplomático ordinario, siempre y cuando esté prevista la posibilidad de desligarse por acto unilateral sin necesidad de denuncia (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 481). Al mismo tiempo deja también expresa mención de que en la práctica el gobierno brasileño sigue en esta temática la tesis expuesta por H. Accioly (*ibidem*, pág. 437).

siciones de la constitución, como los arts. 48 (competencias del congreso nacional, con la participación del presidente), 49 (competencias exclusivas del parlamento), 51 (atribuciones privativas de la cámara de diputados) y 52 (materias propias del senado). Fuera de estos ámbitos, en los supuestos de competencia exclusiva del ejecutivo, sea como poder reglamentador o también como poder de policía, en cuanto “não fosse contrário a parte Dogmática da Constituição, haveria o permissivo,... [para] *acordo simplificado ou executivo* sem a aquiescência manifesta do legislativo”<sup>190</sup>.

La permisibilidad para que el ejecutivo negocie a través de la formalidad simplificada engloba, según Reis, las materias que la constitución atribuye al poder administrador y las que le han sido delegadas por el congreso nacional bien sea a través de una ley o de un tratado<sup>191</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia cabe traer a colación el REsp 104.944/SP, en el marco del cual el STJ trató la incompatibilidad entre el convenio de la ALADI ACE-14 (Argentina-Brasil)<sup>192</sup>, promulgado por decreto 60/1991, y su Primer Protocolo Modificadorio, promulgado por decreto 125/1991<sup>193</sup>, que fijan un arancel de importación del “0” % para el trigo originario de Argentina, por un lado, y la Portaria 939/1991 que establecía un impuestos del 9,2 % al comercio exterior de granos, por el otro. Resulta de interés el voto del relator—confirmado luego por la sala— en el cual se analiza (i) la viabilidad de los acuerdos de la ALADI (concertados bajo forma simplificada) y (ii) su relación con el principio de reserva legal (art. 153, I, constitución). En su voto el ministro Maciel se remitió expresamente al voto-vista del juez S. Bueno, emitido en la instancia anterior. Dicho parecer recuerda, por un lado, que Brasil firmó y ratificó el Tratado de Montevideo que creó la ALADI, habiendo obtenido oportunamente la aprobación del congreso nacional mediante el decreto legislativo 66/1981 y, por el otro, que las disposiciones de este tratado facultan a los Estados contratantes a suscribir ACEs como el invocado en el expediente de marras. El conflicto suscitado enfrentaba uno de estos acuerdos, aprobado por un decreto del poder ejecutivo, con una portaría del ministerio de economía, sancionada en base al art. 153, §1º, constitución (iii).

<sup>190</sup> BORJA, Sérgio, “O Mercosul pela ótica do direito constitucional: tratados, convenios e acórdos celebrados”, en “O ensino jurídico no limiar do novo século” (Antonio P. Cachapuz de Medeiros, org.), ed. EDIPUCRS, Porto Alegre, 1997, pág. 338 (la cursiva está en el original); *del mismo autor*, “A incorporação de tratados...”, cit., pág. 110 a 111; *ibidem*, “Teoria Geral dos Tratados...”, cit., págs. 64 a 66.

<sup>191</sup> Según el mismo autor, todo lo que el gobierno puede ejecutar por vía de un acto administrativo “pode ser negociado no plano internacional por meio de acordos executivos” (REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia...”, cit., págs. 246 y 283).

<sup>192</sup> Acuerdo de Complementación Económica N° 14 entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil (ALADI.AAP.CE/14), Montevideo, 20 de diciembre de 1990.

<sup>193</sup> Decretos de promulgación 60, 15.03.91 (DOU 18.03.91) y 125, 22.05.91 (DOU 23.05.91).

En lo que hace a la validez de los instrumentos derivados de la ALADI (i) el relator, con cita de A. Xavier, confirmó que los «[r]eferidos acordos – que do ponto de vista do Direito Internacional Público são ‘meros acordos de forma simplificada’... – não necessitariam, entre nós, de obedecer ao formalismo do procedimento de celebração dos tratados. Mas por isso mesmo não podem atuar na zona submetida constitucionalmente ao princípio da legalidade ou reserva de lei. Caso o façam – como seria a integração de casos não previstos no tratado –, não terão efeito vinculante para os contribuintes nem para os tribunais».

Pasando al tratamiento del segundo punto (ii), la decisión parte de la conclusión de que al constituir la «desagravação tributária de mercadorias» uno de los «objetivos do tratado» y al permitir asimismo dicho acuerdo en su art. 14 la concertación de convenios de alcance parcial, esta última «previsão expressa no ato internacional» autoriza «às partes estabelecerem acordos mútuos» en aquella materia. Resta analizar ahora si, al quedar perfeccionado el acuerdo de la ALADI por una norma del ejecutivo, dicho «ato de aprovação – decreto presidencial – infringe ou não o princípio da legalidade na medida em que dispõe sobre matéria tributária». La respuesta negativa se impone en razón de que «o art. 153, § 1º da Carta Magna confere ao Poder Executivo a competência para alterar as alíquotas de diverso impostos inclusive o de importação. Nesta medida ao ter rebaixado a alíquota aplicável a zero o ato internacional situa-se dentro dos limites constitucionais, eis que passou a integrar o ordenamento jurídico nacional mediante decreto do Chefe do Poder Executivo»<sup>194</sup>.

Respecto a la última cuestión a resolver, esto es la incompatibilidad entre el ACE-14 y su Protocolo y la portaría (iii), el fallo reconoció la primacía de los convenios de la ALADI<sup>195</sup>.

Una de las diferencias entre los acuerdos en forma solemnes y los celebrados de manera abreviada, además de su paso por el congreso, es que estos últimos prescinden por lo general del decreto de promulgación<sup>196</sup>, sólo dependiendo de su publicación en el DOU<sup>197</sup>.

<sup>194</sup> Sentencia STJ, 2ª turma, REsp 104.944/SP, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, 14.04.98 (DJU 11.05.98; voto Min. rel. párr. 3º, que remite al voto del *a quo* que a su vez cita la opinión de A. Xavier).

<sup>195</sup> La ementa de la decisión es la siguiente: «*TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. Importação de trigo em grão, com preço superior a US\$ 120,00 por tonelada, sob alíquota zero, com amparo no 1º Protocolo Modificativo do Acordo de Complementação Econômica N° 14, firmado entre o Brasil e a Argentina (Decreto N° 125/91). Prevalencia do acordo internacional devidamente integrado ao ordenamento jurídico interno. Impossibilidade de sua revogação pela legislação tributaria superveniente (art. 98 do CTN). Precedentes. Recurso não conhecido*» [sentencia STJ, 2ª turma, REsp 104.944/98, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 3º, *idem*)].

<sup>196</sup> ACCIOLY, Hildebrando, “Tratado de Direito...”, cit., vol. 1, pág. 602

<sup>197</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 437 y 473; CÂMARA, José Sette, op. cit., pág. 69; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 84.

c) *Poder Judicial*

i) **Algunas consideraciones en torno al control de constitucionalidad en el derecho brasileño**

El control de constitucionalidad regulado en el sistema brasileño constituye un mecanismo altamente complejo y a la vez diversificado en orden a las diferentes esferas judiciales establecidas, a saber: el Supremo Tribunal Federal (STF); el Superior Tribunal de Justicia (STJ); los Tribunales Regionales Federales (TRFs) y los Jueces Federales (Varas federales); los Tribunales y Jueces del Trabajo, en cuyo máximo escalón se encuentra el Tribunal Supremo del Trabajo (TST); los Tribunales y Jueces Electorales, constituyendo el Supremo Tribunal Electoral el superior de la causa (STE); los Tribunales y Jueces Militares, siendo la más alta instancia el Supremo Tribunal Militar (STM); los Tribunales y Jueces de los estados locales y del Distrito Federal, cuyas máximas esferas son los Tribunales de Justicia (TJs) y, según la materia, los Tribunales de Alzada (TAs).

Por el ámbito de sus competencias resultan de especial importancia para esta investigación, el Supremo Tribunal Federal, el Superior Tribunal de Justicia, los Tribunales y Jueces Federales y los Tribunales de Justicia locales.

En la cima del poder judicial se encuentra el Supremo Tribunal cuya instancia queda habilitada, básicamente, en los supuestos en los que se alegue la violación de un derecho o una garantía constitucional. Se encuentra conformado por once Ministros y actúa en sesión plenaria o a través de dos salas (turmas). Su nombramiento es materia del Presidente previa elección por mayoría absoluta del Senado Federal.

La competencia del Supremo puede ser<sup>198</sup>:

(a) **originaria**: acción directa de inconstitucionalidad de normas, actos u omisiones federales o estatales (ADIn), que incluye las solicitudes de suspensión cautelar (ADIn MC), y acción declarativa de constitucionalidad (ADC)<sup>199</sup>; juzgamiento de las autoridades superiores: Presidente de la República, Vicepresidente, miembros del Congreso Nacional, Procurador General, Ministros de Estado, miembros de los Tribunales Superiores, etc., y de los Jefes de misiones diplomáticas; *habeas corpus* (HC), *mandados de segurança* (MS, amparos) y *habeas data* (HD), contra los actos de alguna de las autoridades antes mencionadas; litigios entre Estados extranjeros u organismos internacionales y la Unión, los Estado

<sup>198</sup> Art. 102, I a III, §§1º y 2º, CF 1988; ver también, ley 8.038, normas procedimentales para los procesos que se especifican, ante el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal, 28.05.1990 (DOU 29.05.90).

<sup>199</sup> Ver también, ley 9.868, proceso y juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declarativa de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, 10.10.99 (DOU 11.11.99); y su veto –parcial– N° 1.674 PEN, 10.10.99 (DOU 11.11.99).

locales o el Distrito Federal; conflictos entre la Unión y los Estados o el Distrito Federal, o de éstos entre sí; solicitudes de extradición internacional pasivas (EXT); homologación de sentencias extranjeras (SE) y concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias (CR); proceso de reclamación (RCL)<sup>200</sup>; acciones en las que todos los miembros de la magistratura, o más de la mitad de los miembros del tribunal de origen, estén directa o indirectamente interesados; conflictos de jurisdicción entre el STJ y cualquier otro tribunal, o entre Tribunales Superiores, o entre éstos y cualquier otro tribunal (CJ); y, *mandados de injunção* (MI)<sup>201</sup>.

(b) **por apelación ordinaria:** HC, MS, HD y MI, decididos en forma negativa en única instancia por los Tribunales Superiores; y crímenes políticos.

(c) **por apelación extraordinaria:** contra las causas decididas en única o última instancia, si la sentencia recurrida: (c.1) es contraria a la constitución, (c.2) declara la inconstitucionalidad de una norma federal (tratado o ley), (c.3) o juzga válida una disposición normativa local (ley o acto; estadual o municipal) acusada de inconstitucional.

La complejidad del mecanismo de control constitucional se profundiza aún más si se repara en que combina ambos sistemas de revisión: complejo y difuso, dependiendo de los sujetos legitimados y las materias involucradas. Bajo la modalidad difusa el control puede ser ejercido por cualquier autoridad jurisdiccional y en última instancia por el Supremo Tribunal. Por el sistema concentrado las presentaciones son atendidas por el Supremo Tribunal Federal en instancia única y originaria; la revisión en este caso es en abstracto y las acciones que lo permiten son la ADIn y al ADC.

El control concentrado, a través de la acción directa de inconstitucionalidad, únicamente puede ser planteado por el Presidente, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa del Congreso, los Gobernadores de los Estados, el Procurador General, el Consejo Federal del Colegio de Abogados, los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, y las confederacio-

---

<sup>200</sup> Procedimiento que persigue la salvaguarda de la competencia que la constitución ha asignado al STF.

<sup>201</sup> Según el art. 5º, LXXI, de la constitución, el *mandado de injunção* se concederá “sempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

Esta vía procesal constitucional, según comenta Silva, “[c]onstitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis pela falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição ao art. 5º, § 1º”. El mismo autor agrega que su origen se encuentra en el derecho inglés –*juicio de equidad*– (SILVA, José Afonso da, op. cit., págs. 448 a 449, y nota a pie de página Nº 62).

nes sindicales o las entidades de clase de ámbito nacional. En los supuestos en los que el STF admite a trámite la inconstitucionalidad el Abogado General de la Unión deberá defender el acto impugnado (art. 103, I a IX, §3º, constitución). En la acción declarativa de constitucionalidad la legitimación activa queda habilitada para el Presidente, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, y el Procurador General (art. 103, §4º).

Por último, a diferencia de lo que ocurre en Argentina (art. 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la Suprema Corte brasileña no dispone de la herramienta conocida como “*certiorari*” (asuntos que no reviste trascendencia federal suficiente para abrir la instancia extraordinaria).

La estructura del control de constitucionalidad responde a una evolución histórica que ha sido perfectamente resumida por el ministro del STF S. Pertence. Según dicho magistrado la conjunción de los procedimientos reseñados hace que el sistema vigente sea “um dos mais complexos e ambiciosos do mundo e talvez por isso, hoje em situação extremamente crítica”. En sus inicios –época del Imperio– Brasil adhirió al control difuso, sin embargo, con el tiempo se realizaron “sucessivas concessões ao sistema concentrado” hasta su incorporación definitiva en el texto constitucional (1965). Para terminar, agrega que “[e]sta simbiose institucional se completou com a atual Constituição..., quando a legitimação ativa para a ação direta..., foi aberta para abranger uma série de instâncias políticas e sociais...”<sup>202</sup>. Todo ello ha ido en desmedro de la eficacia y efectividad del sistema en su conjunto.

## ii) Control constitucional de los acuerdos internacionales

Como se ha visto el derecho brasileño autoriza a los tribunales a controlar la compatibilidad de los acuerdos internacionales con las disposiciones constitucionales.

La supremacía constitucional se encuentra garantizada por varias disposiciones de la Ley mayor: sobre los proyectos de enmienda (art. 60, §4º, ), sobre la legislación y las constituciones estatales (arts. 24, §§1º a 4º, 25 y 125), sobre la legislación municipal (art. 29) y sobre la normativa del Distrito Federal (art. 32).

En materia de normas internacionales aquella primacía esta asegurada por el art. 102, I, “a” y “p”, que posibilita el control constitucional sobre las leyes y actos federales o estatales y III, “a” y “b”. En especial, esta última disposición (“b”) garantiza la preeminencia del texto primario al posibilitar que los tribunales infe-

<sup>202</sup> PERTENCE, José P. Sepúlveda, su intervención en el Seminario Internacional “Diritto Comunitario Europeo e Diritto Nazionale”, 14 a 15 de julio de 1995, Roma; Actas del Seminario, ed. Corte Costituzionale - Giuffrè, Milán, 1997, pág. 260.

rios declaren la inconstitucionalidad de un tratado, la cual puede a su vez ser confirmada por el Supremo Tribunal<sup>203</sup>.

La cláusula de cierre está dada, según parte de la doctrina, por el art. 97 que establece que los tribunales “podrán declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo del poder público”. La constitución brasileña, afirma M. Gonçalves, al identificar las disposiciones susceptibles del control de constitucionalidad hace referencia a “leyes” y “actos normativos”; las primeras utilizadas en su acepción formal, y los segundos para incluir, con carácter subsidiario, a las “enmiendas constitucionales, ..., decretos autónomos, así como las normas de tratados internacionales promulgadas como derecho interno”<sup>204</sup>.

El examen de ajuste constitucional puede dirigirse contra la disposición nacional que aprueba, ratifica, promulga o denuncia el tratado, como también contra el acto internacional propiamente dicho. Así por ejemplo, en la Representación 803/DF el pleno del Supremo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de varios párrafos de la Convención N° 110 OIT<sup>205</sup>, por violación del art. 159 de la constitución<sup>206</sup>. A su vez en el marco de la acción contra la Convención N° 158 OIT<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> Las constituciones históricas, salvo la Carta de 1967, no establecieron –con la precisión con la que lo hace la de 1988– la posibilidad del control de constitucionalidad de los acuerdos internacionales. La carta magna de 1891 fijaba la recurribilidad de las sentencias dictadas por la justicia estadual ante el STF cuando las mismas versaran sobre la validez o la aplicación de los tratados o las leyes federales y la decisión fuera contraria a éstos últimos (art. 59, §1º, “a”); la de 1934, habilitaba el recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra las decisiones definitivas de la justicia local, cuando fueran contra el tenor literal de un tratado o una ley federal, o se haya cuestionado su aplicación (art. 76, 2, III, “a”; ver también, los arts. 91, IV, 96, 113, 33 y 179; sobre declaración de inconstitucionalidad de cualquier ley o acto gubernamental); la de 1937, con redacción muy similar a la anterior (art. 101, III, “a”; ver también, *ibidem*, art. 96); la de 1946, establecía la vía extraordinaria ante el STF en los supuestos de causas decididas en única o última instancia por los demás tribunales y jueces, siempre que la resolución recurrida fuera contraria a la constitución o a un tratado o una ley nacional (art. 101, III, “a”; ver también, *ibidem*, art. 200).

El examen de constitucionalidad de los tratados, en cambio, fue regulado de forma explícita en el texto de 1967, al otorgarse competencia al Supremo Tribunal para examinar –por revisión extraordinaria– los expedientes resueltos definitivamente por los tribunales y jueces en dos supuestos, cuando la sentencia impugnada vaya en contra de la carta política o negare la vigencia de un tratado o una ley federal, o cuando la misma declare la inconstitucionalidad de un tratado o una ley nacional (art. 114, III, “a” y “b”, respectivamente). A su vez, dicha norma otorgaba competencia al Alto tribunal para entender originariamente de las representaciones del Procurador General, por inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estaduais (art. 114, I, “I”; ver también, art. 111). Esta última mención lleva a Rezek a mantener –en su comentario a la disposición análoga de la EC 1/1969– que los tratados podían ser objeto de un control por medio de la acción directa o de la representación interpretativa (REZEK, José F., “Direito dos Tratados”, ed. Forense, Río de Janeiro, 1994, pág. 462, nota a pie de página N° 765).

<sup>204</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “La justicia constitucional en Brasil”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 59.

<sup>205</sup> Convención N° 110 OIT, Ginebra, 26 de junio de 1958. Aprobada por decreto legislativo 33, 05.08.1964, promulgada por decreto presidencial 38.026, 14.07.1966.

<sup>206</sup> Sentencia STF, Pleno, REP 803/77, cit.

<sup>207</sup> Convención N° 158 OIT, 1982, cit.

(ADIn MC 1.480/DF) la Suprema Corte, también por decisión plenaria, concedió la medida cautelar solicitada determinando que la convención debía ser interpretada por las jurisdicciones inferiores de manera compatible con la constitución hasta la resolución definitiva del expediente. El poder ejecutivo anticipando el resultado final del expediente –que por cierto parecía claramente insinuado en la sentencia que hizo a lugar la cautelar referida– procedió a denunciar la Convención N° 158 OIT el 20 de diciembre de 1996. El acto de denuncia se formalizó por decreto presidencial 2.100/96<sup>208</sup>. Concomitantemente se interpuso ante el STF una demanda de inconstitucionalidad –con solicitud de medida cautelar– contra el decreto 2.100, la cual se encuentra aún pendiente<sup>209</sup>.

Como se viene observando, según el derecho brasileño, resulta posible el control de compatibilidad constitucional de los tratados, incluso con posterioridad al depósito del instrumento de ratificación y sin que sea obstáculo para ello que el acuerdo haya entrado en vigor internacionalmente. La propia Suprema Corte se ha ocupado de refrendar su aptitud jurisdiccional para entender en tales causas. Ello surge claramente del siguiente pasaje del sumario de la ADIn MC 1.480/DF: «*CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência*»<sup>210</sup>. Esta prerrogativa del poder judicial, según la propia Corte, «*deriva da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro*»<sup>211</sup>, y puede ser ejercida a través del control difuso o del control abstracto.

<sup>208</sup> Decreto 2.100, torna pública la denuncia por Brasil de la Convención de la OIT N° 158 relativa al término de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, 20.12.1996.

<sup>209</sup> STF, ADIn MC 1.625/DF, rel. Min. MAURICIO CORREA (*pendiente de resolución*). La acción ha sido presentada por la Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) y por la Central Única dos Trabalhadores (CUT).

<sup>210</sup> Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 3°; voto Min. rel. párrs. 6°, 7°, 13° a 24°, 31° a 41°, 44° y 67°, y voto Min. M. Alves N° 2).

En la misma dirección el relator del HC 73.044/SP, Min. M. Corrêa, sostuvo que «[u]ma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade, e pois sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal. No caso específico do artigo 7º, item 7, da mencionada Convenção [PSJCR], a referência que o texto faz é sobre dívida na sua acepção vernacular comum, daí a adesão do Brasil mediante a expedição do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, já em vigência a Carta de 88» [sentencia STF, 2ª turma, HC 73.044/SP, rel. Min. MAURICIO CORRÊA, 19.03.96 (DJU 20.09.96; voto de mérito Min. rel. párr. 1º)]. Igualmente, sentencia STF, Pleno, REP 803/77, cit. (voto Min. rel. párr. 3º, acompañado por el pleno.)

<sup>211</sup> Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 21°, 22° y 41°; ementa aparts. 2°, párr. 2°, y 3°).

El examen de constitucionalidad puede ser realizado, a su vez, desde el punto de vista formal o material. El primero atiende al proceso que se ha seguido para la celebración, aprobación –si la misma ha existido– y ratificación del acuerdo. Como se observó *ut supra* el STF no ha rehusado su posibilidad de control en los supuestos en los que el tratado es impugnado por no haberse consultado al congreso nacional; en dicho procedimiento el tribunal sólo rechazó la *legimatio ad causam* de los legisladores que hicieron la presentación a título individual, pues consideró que la representación judicial queda perfeccionada en cabeza del propio departamento legislativo. El segundo tipo de control (material) se dirige al análisis de las disposiciones del acto internacional en comparación con el texto constitucional.

En cuanto a los **casos concretos** en los que la Suprema Corte declaró la **inconstitucionalidad de un acuerdo internacional**, debe destacarse que éstos constituyen –a pesar de las constantes declaraciones de principios– supuestos de verdadera excepción<sup>212</sup>. Entre los más renombrados se encuentra la **Representación 803/DF**, relatada por el ministro Djaci Falcão. El litigio se planteó en torno al ajuste constitucional de varias disposiciones de la Convención N° 110 OIT, en particular con el art. 159 de la ley fundamental<sup>213</sup>. Por mayoría de votos el Supremo se inclinó por la inconstitucionalidad de los arts. 62 (en la locución «*sem autorização prévia*»), 64 (en la expresión «*ou suspensão*») y 68, 2°, del convenio, todos por infringir manifiestamente el numeral 159 de la carta política<sup>214</sup>.

Otro ejemplo que debe citarse es la **ADIn** (con pedido de **MC**) **1.480/DF** contra la Convención N° 158 OIT, por infracción de disposiciones de la ley fundamental, en especial los arts. 7°, I, de la constitución y 10, I, de los Actos de las Disposiciones Constitucionales Transitorias<sup>215</sup>. La Corte haciendo a lugar la pretensión preliminar,

<sup>212</sup> Entre uno de los primeros intentos en tal sentido ha de mencionarse el HC 2.280, de 1905 (referido por DOLLINGER, Jacob, op. cit., págs. 98 a 99). En dicho proceso el peticionante solicitó la denegación de su extradición, requerida por el gobierno italiano sobre la base del Tratado con Brasil de 1873. La mayoría del STF no hizo a lugar el HC y en consecuencia aplicó el convenio de extradición. No obstante, dos de los nueve ministros votaron en disidencia declarando la inconstitucionalidad del tratado en relación a la carta política de 1891, pues aquel convenio no establecía los pormenores del mecanismo extradicional, a saber, jurisdicción competente para atender el pedido, procedimiento para su ejecución, etc. El autor citado agrega que la denunciada laguna normativa era observable no sólo en las disposiciones del tratado sino también en toda la legislación nacional, incluyendo la constitución y las normas de rango legal.

<sup>213</sup> Constitución de 1967, art. 159 “Es libre la asociación profesional o sindical; su constitución, su representación legal en las convenciones colectivas de trabajo y el ejercicio de las funciones delegadas por el Poder Público será regulado por la ley. §1° - Entre las funciones delegadas a la que se refiere este artículo, se comprende la de recaudar, en la forma de la ley, contribuciones para costear las actividades de los órganos sindicales y profesionales y para la ejecución de programas de interés de las categorías por ellas representadas. §2° - Es obligatorio el voto en las elecciones sindicales”.

<sup>214</sup> Sentencia STF, Pleno, REP 803/77, cit. (ementas N° II, IV y VII).

<sup>215</sup> Constitución de 1988, art. 7 “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social: I- relación de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria que establecerá indemnización compensatoria, entre otros derechos”.

resolvió que hasta tanto sea dictada la resolución sobre el fondo, los artículos impugnados de la Convención deberían ser interpretados por las jurisdicciones inferiores de manera compatible con la constitución<sup>216</sup>. Con posterioridad a la sentencia del Tribunal sobre la solicitud cautelar, el relator de la acción, Min. Celso de Mello, teniendo en cuenta el decreto presidencial 2.100/96, por el que se procedió a denunciar la Convención 158 –lo que conlleva la *«perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade»* y consecuentemente *«provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato»*–, juzgó extinto el procedimiento y ordenó el archivo de la ADIn 1.480<sup>217</sup>.

También puede mencionarse la controversia respecto a la compatibilidad del principio de trato nacional en materia tributaria establecido en el tratado del GATT<sup>218</sup>, con la facultad de los estados locales de legislar en materia de ICM (impuesto sobre la circulación de mercaderías) según los términos de la reforma constitucional introducida por la enmienda 23 de 1983 (EC 23/83), que incorporó el § 11º al art. 23 de la constitución, y la vigencia de la Súmula 575/STF<sup>219</sup>. La cuestión fue puesta en causa en el RE 109.173/SP, bajo el relatorio del Min. Carlos Madeira. En términos estrictos no hubo una declaración de inconstitucionalidad del tratado, sin embargo, el STF aplicó una ley estadual (São Paulo), adoptada en base a la EC 23/83, que significó la inaplicación del acuerdo en virtud de la posición prevalente de una norma de derecho interno fundada en cláusulas constitucionales<sup>220</sup>; en otras palabras, la violación del principio de igualdad de trato fiscal reconocido en el convenio del GATT<sup>221</sup>.

ADCT, art. 10 “Hasta que sea promulgada la ley complementaria a la que se refiere el art. 7º, I, de la Constitución: I - queda limitada la protección en ella referida al aumento, por cuatro veces, del porcentaje previsto en el art. 6º, caput y §1º, de la Ley Nº 5.107, de 13 de septiembre de 1966”.

<sup>216</sup> «*A Convenção nº 158/OIT, além de depender 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, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 6º; y voto Min. M. Alves apart. 7, y párr. 2º del voto de rectificación de la parte dispositiva del dictamen original del relator).*

<sup>217</sup> Sentencia STF, Designação Monocrática, ADIn MC 1.480/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 26.06.01 (DJU 08.08.01).

<sup>218</sup> Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT); aprobado por ley 313, 30.07.1948.

<sup>219</sup> «*A mercadoria importada de País signatario do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto sobre circulação de mercadorias concedida a similar nacional» [STF, Súmula 575, 15.12.1976 (DJU 03.01.77 pág. 4)].*

<sup>220</sup> Sentencia STF, 2ª turma, RE 109.173/SP, rel. Min. CARLOS MADEIRA, 27.02.1987 [RTJ 121/270; ementa «*ICM. IMPORTAÇÃO DE BENS DE CAPITAL. SÚMULA 575 (INAPLICAÇÃO). ART. 23, II, PARÁGRAFO*

La materia extradicional brinda también ejemplos al respecto. La no extradición de los nacionales enunciada en la propia constitución (art. 5º, LI<sup>222</sup>) ha llevado al Supremo Federal a rechazar estos pedidos de cooperación judicial internacional, incluso aquellos cursados en base a tratados concertados por el gobierno brasileño. Uno de estos supuestos ocurrió justamente con una solicitud que provenía de uno de los socios del Mercosur, Argentina. La parte sumariada de la decisión que finalmente acogió la defensa interpuesta por el extraditando, ilustra esta afirmación: «*Extradição. Questão de Ordem. 2. Pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina por via diplomática. 3. Prisão preventiva decretada. 4. Pleito de “medida cautelar incidental, com pedido de outorga liminar”, visando a “sustação da ordem de prisão para fim de extradição e a denegação do pedido de extradição”. Sustentação de FATO NOVO consistente na sua OPÇÃO PELA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA BRASILEIRA, deduzida na Justiça Fede-*

11, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Se a importação ocorreu na vigência da Emenda Constitucional n. 23/83, incide o ICM na importação de bens de capital. Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido.»; y voto Min. rel. párrs. 1º, 3º, 4º, 15º y 28º, acompañado por la unanimidad de la turma]; así también sentencia STF, 2ª turma, RE 114.184/SP, rel. Min. CARLOS MADEIRA, 08.09.1987 (DJU 25.09.87; ementa)

<sup>221</sup> De cualquier manera pronunciamientos posteriores de los tribunales brasileños acomodaron la tributación del ICM a las disposiciones del Acuerdo. Así el mismo Tribunal supremo extendió la exención tributaria a los bienes importados de países contratantes del GATT, cuando una ley estadual otorgaba el mismo beneficio a un producto brasileño: entre muchas, sentencias STF, 1ª turma, RE 109.817/SP, rel. Min. RAFAEL MAYER, 29.06.1986 (RTJ 119/1315; ementa «*ICM. Art. 23, § 11 (Emenda 23/83). Importação de bens de capital. Isenção de similar nacional. Súmula 575. Nenhuma incompatibilidade ocorre entre o advento do § 11 do art. 23 da CF (Emenda 23/83) e o reconhecimento da isenção do ICM, extensivamente ao produto importado de País signatário do GATT, gozando de isenção o similar nacional. Recurso extraordinário não conhecido*»); 2ª turma, RE 113.758/87, cit. (ementa y voto Min. rel.); 1ª turma, RE 113.701/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 02.10.1987 (RTJ 125/367; ementa y voto Min. rel. párr. 6º); 1ª turma, RE 113.759/SP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, 20.11.1987 (DJU 10.03.89; ementa y voto Min. rel. párrs. 3º, 4º y 7º); 1ª turma, RE 114.950/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 20.11.1987 (RTJ 125/1.285; ementa y voto Min. rel. párr. 1º); 1ª turma, RE 115.773/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 19.08.1988 (DJU 21.10.88; ementa); 2ª turma, RE 116.335/SP, rel. Min. CARLOS MADEIRA, 20.02.1990 (DJU 09.03.90; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º a 3º); 1ª turma, RE 119.814/SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 12.06.1990 (DJU 29.06.90; ementa y voto Min. rel. Nº 14 y 15); 1ª turma, RE 114.063/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 16.04.91 (RTJ 136/798; ementa).

En esta misma dirección se inclinó el Superior Tribunal de Justicia: sentencias STJ, 2ª turma, REsp 1.532/SP, rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, 18.12.1989 (RSTJ [Revista del Superior Tribunal de Justicia] 16/1990 pág. 520; ementa, y voto Min. rel.); 2ª turma, REsp 3.143/SP, rel. Min. ILMAR GALVÃO, 20.06.1990 (RSTJ 16/1990 pág. 531; ementa); 2ª turma, REsp (AgRg) 147.250/01, cit. [ementa párrs. 1º y 2º, y voto Min. rel. párrs. 4º y 6º. El STJ consideró en esta oportunidad que aún cuando el tributo en cuestión sea de competencia de los estados locales o del Distrito Federal, puede la Unión por tratado o convención internacional garantizar que el producto extranjero tendrá la misma tributación (trato nacional-tributario) que el producto nacional similar].

<sup>222</sup> Constitución de 1988, art. 5º “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: [...] LI- ningún brasileño será extraditado, salvo el naturalizado, en supuesto de delito común, practicado antes de la naturalización o de comprobada vinculación en tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, en la forma de la ley”.

*ral da Seção Judiciária do Estado da Bahia, tendo sido deferida por sentença. 5. O Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pedido de extradição. 6. Questão de Ordem submetida ao Plenário. 7. Sentença, na opção de nacionalidade, transitada em julgado. 8. Inviável, diante do preceito constitucional (art. 5º, LI), atender à súplica do Governo requerente. 9. Pedido de extradição indeferido»<sup>223</sup>.*

Es de presumir que esta jurisprudencia justifique la inclusión en el Acuerdo sobre Extradición en el Mercosur de un artículo que, si bien como regla impide invocar la nacionalidad como causal denegatoria de la extradición, posibilita que la persona solicitada pueda alegar tal circunstancia cuando ello estuviera fijado en las disposiciones constitucionales del Estado requerido. El trato igualitario se asegura al dejarse expresa constancia de que los Estados que no contengan en sus ordenamientos una cláusula similar podrán negar la extradición de sus nacionales. En ambos supuestos, el Estado denegante tendrá la obligación de juzgar a la persona reclamada, informando de ello al país requirente<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Sentencia STF, Pleno, EXT (QO) 778/Argentina, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, 31.08.00 (DJU 20.04.01; ementa y voto Min. rel. párrs. 4º a 7º. En esta caso se denegó la extradición de un nacional brasileños, solicitada por Argentina, en función del derecho que otorga el art. 5º, LI, de la constitución, inaplicándose de esta manera el Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil).

<sup>224</sup> Art. 11 (Nacionalidad), incs. 1º a 3º, Acuerdo sobre Extradición entre los Estados partes del Mercosur, Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998. Aprobado por Dec CMC 14/98.

Existe un tratado idéntico firmado entre los Estados del Mercosur, Bolivia y Chile, que incluye la misma salvedad. Acuerdo sobre Extradición entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, de igual fecha que el anterior. Aprobado en lo que hace al Mercosur por Dec CMC 15/98.