

LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES EXTERIORES: ¿DEBEN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SER CONSIDERADOS ACTOS NO JUSTICIABLES?

The applicability of the political question doctrine in the foreign affairs field: should international treaties be regarded as non-justiciable acts?

Eleonora Mesquita Ceia¹⁻²
ecea@yahoo.com.br

RESUMEN: La premisa del presente artículo es que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales puede afectar a la política exterior del Ejecutivo. A partir de esta hipótesis, el autor analiza si dichos instrumentos deben ser considerados actos no justiciables, o si en el caso de que el argumento a favor de la justiciabilidad prevalezca, si ellos deben por lo menos merecer un tratamiento especial. La cuestión será examinada desde cuatro perspectivas jurídicas diferentes: la estadounidense, la francesa, la alemana y la brasileña. Basado en los resultados de este análisis legal comparativo, el artículo concluye a favor de la justiciabilidad de los tratados internacionales y, por otra parte, propone una alternativa que proporcione el equilibrio entre el principio de la separación de poderes y el carácter complejo de las relaciones internacionales.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional Comparado. Control de constitucionalidad. Tratados internacionales. Doctrina de las cuestiones políticas. Jurisprudencia judicial.

ABSTRACT: The current paper is based on the premise that judicial control over the constitutionality of international treaties can affect the Executive in the conduct of foreign affairs. In this sense, the author examines the question if international treaties should be regarded as non-justiciable acts or in the case that the argument for pro-

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y LL.M. en Derecho Europeo por el *Europa-Institut* de la Universidad de Saarland, Saarbrücken, Alemania. Artículo presentado el 12 de septiembre y aprobado el 16 de octubre de 2007

² Mis agradecimientos a Malvina Eugenia Rodríguez por su ayuda en la revisión final del texto.

justiciability prevails, if such instruments should at least deserve a special treatment. The issue will be examined from four different perspectives, namely the United States', the French, the German and the Brazilian approaches. Based on the results of this legal-comparative analysis, the paper will conclude for the justiciability of international treaties, but at the same time, it proposes an alternative to find a balance between the separation of powers principle and the demands of international relations.

KEY WORDS: Comparative Constitutional Law. Judicial control of constitutionality. International treaties. Political Question Doctrine. Judicial Jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

Los tratados figuran entre los principales instrumentos de la política internacional. Debido al proceso de globalización, su utilización ha sido intensificada a lo largo de los años, de modo que actualmente ellos cubren casi todas las áreas de las relaciones internacionales, por ejemplo: medio ambiente, defensa, comercio, derechos humanos, e inversiones, entre otras. Una vez incorporado al derecho doméstico, un tratado, con todo, puede tener afectada su efectividad por la competencia de los tribunales nacionales para juzgar la constitucionalidad de las leyes. El control judicial de constitucionalidad tiene como propósito verificar la compatibilidad entre los actos y las decisiones de cuerpos públicos y la Constitución nacional. Los tratados internacionales son tradicionalmente concluidos por representantes del Poder Ejecutivo y, en algunos casos, posteriormente sujetos a aprobación parlamentaria. Dichos instrumentos internacionales deben ser considerados, por lo tanto, actos de Estado y, en consecuencia, sus provisiones pueden ser sujetas a control judicial.

El objetivo principal del artículo es demostrar cómo el control judicial de constitucionalidad de tratados internacionales puede influir al Ejecutivo en la conducción de su política exterior. Cuando un tribunal en su decisión declara un tratado inconstitucional y nulo, impide al gobierno no sólo implementar el contenido del texto internacional en el ámbito interno, sino también cumplir con sus obligaciones internacionales –lo que podría determinar el incumplimiento del tratado y, consecuentemente, originar la responsabilidad internacional del Estado. Aparte de los aspectos legales de dichas consecuencias, ellas tendrían también serias implicaciones políticas, puesto que el incumplimiento de un tratado internacional podría obstruir la persecución de los objetivos de la política exterior del gobierno, afectando al Ejecutivo en su actuación externa.

Con eso se señala el hecho de que el ejercicio de la jurisdicción constitucional sobre actos del Ejecutivo en temas de política externa guarda una relación estrecha entre el Derecho y la Política. A ese respecto, la cuestión que debe ser examinada es la siguiente: ¿deben los tratados internacionales ser considerados actos no justiciables, y, por eso, no podrían ser cuestionados ante tribunales constitucionales? O si acaso el argumento a favor de la justiciabilidad prevalezca: ¿deberían dichos instrumentos merecer por lo menos un tratamiento especial, cuando son controlados por el Poder Judicial?

El presente artículo examina el tema de la justiciabilidad de tratados internacionales basado en cuatro perspectivas jurídicas diferentes, a saber: la estadounidense, la francesa, la alemana y la de brasileña. Según el derecho constitucional norteamericano, el ejercicio por el Ejecutivo de competencias en materia de política exterior es considerado una cuestión política no justiciable. El denominado “*one voice principle*” y la doctrina de la cuestión política son ejemplos de reglas diseñadas para proteger las prerrogativas del Ejecutivo en el campo de las relaciones exteriores contra la discreción judicial. Asimismo, en Francia, tratados internacionales pueden ser considerados actos no justiciables, ya que el responsable por el control de constitucionalidad no es un tribunal independiente, órgano del Poder Judicial, sino una institución de naturaleza política, a saber el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*).

De otra parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) ha repetidamente decidido que las disposiciones de tratados internacionales son sujetas al control judicial de constitucionalidad. Cumple señalar, no obstante, que el desarrollo de la llamada “teoría de la aproximación” (*Annäherungstheorie*) por el Tribunal Constitucional ha prestado una mayor atención a las circunstancias internacionales peculiares, bajo las cuales un tratado es negociado. Esa teoría fue desarrollada a partir de la decisión sobre la constitucionalidad del Estatuto del Sarre (*Saar Statute*), en 1955, la cual determina que, si, de acuerdo con criterios constitucionales, la situación sería peor sin que con la conclusión del nuevo tratado internacional, el gobierno puede concluirlo, incluso si sus provisiones no son compatibles con la Constitución.

Y, por fin, la Constitución Federal de Brasil ella misma estipula expresamente en su art. 102 III *b* que tratados internacionales son objeto de control de constitucionalidad. En otras palabras, la justiciabilidad de actos de política exterior del Ejecutivo es constitucionalmente prevista y garantizada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Como será presentado posteriormente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil es una institución conservadora y en sus decisiones prevalece la supremacía de la Constitución sobre cuestiones sensibles de política internacional.

Estas cuatro perspectivas diferentes corresponden a los principales modelos típicos de control de constitucionalidad: el control difuso de constitucionalidad en los Estados Unidos de América (*judicial review*); el modelo de control político en Francia, donde el responsable por dicho control es un órgano especial vinculado al Parlamento, a saber el Consejo Constitucional francés; la jurisdicción constitucional concentrada y especializada en Alemania, ejercida por el *Bundesverfassungsgericht*; y el sistema mixto de control de constitucionalidad en Brasil, en que, por una parte, todo juez y tribunal son competentes para examinar materias constitucionales, pero, por otra, solamente el Supremo Tribunal Federal es responsable por el control abstracto de constitucionalidad.

A partir de este análisis legal comparativo, el artículo concluirá a favor de la posición que la autorrestricción judicial (*judicial self-restraint*) debe ser preferida a la completa no justiciabilidad de los tratados internacionales ante los tribunales constitucionales. El importante papel desempeñado por el control judicial de constitucionalidad

de las leyes es reconocido por proteger a la sociedad contra actos abusivos u omisiones de otras ramas del gobierno con base en su inconstitucionalidad. Además, dicho control tiene esencial importancia para el sistema de “pesos y contrapesos” (*checks and balances*), al restringir la eventual violación al principio de la separación de poderes por el Ejecutivo y el Legislativo. En resumen, ello representa un mecanismo fundamental de toda democracia constitucional.

Sin embargo, debido al hecho de que dichos actos del Ejecutivo pueden involucrar intereses sensibles de política exterior, se argumenta que ellos deben ser considerados actos que demandan una actitud de autorrestricción judicial. Eso no significa, no obstante, que el Poder Judicial se debe someter a la política del Ejecutivo, sino que las respectivas consideraciones de esta rama del gobierno en la materia deben ser necesariamente tomadas en cuenta por los jueces en la formulación de sus decisiones. Dicha interacción entre el Ejecutivo y el Judicial podría ser posible a través de la participación de un representante del Ejecutivo, como un *amicus curiae* en el proceso –preferentemente alguien que ha participado directamente en las negociaciones del tratado. Esa persona proveería informaciones valiosas para el tribunal, desde el punto de vista del Ejecutivo, ayudando a los jueces a formular sus decisiones.

Cumple mencionar la diferencia entre esta alternativa presentada y la intervención tradicional del *amicus curiae* en un proceso judicial, a saber, en aquélla el tribunal no admitiría a su discreción la información proporcionada por la tercera parte. Es decir, siempre que admitida la participación del *amicus curiae*, las consideraciones del Ejecutivo serían necesariamente vinculantes. Este modelo ofrecería un adecuado equilibrio de poderes entre la competencia del Judicial por el control de constitucionalidad y la atribución exclusiva del Ejecutivo de dirigir las relaciones exteriores del país.

1. LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS SEGÚN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

Estrictamente definida, la doctrina de las cuestiones políticas involucra la deferencia que los tribunales deben mostrar en relación con los departamentos políticos del gobierno, especialmente con el Ejecutivo, cuando la materia en cuestión implica lo que es considerado un tema político. La teoría fue por primera vez enunciada por los tribunales ingleses en casos en que era reconocido que materias relacionadas con la monarquía no deberían ser juzgadas por el Judicial. Se cree que la doctrina fue importada a la jurisprudencia norteamericana durante los primeros años de la república norteamericana, debido a la otrora estructura incierta y frágil de la Suprema Corte.³

No existe un consenso entre los doctrinadores sobre la naturaleza de la doctrina de las cuestiones políticas. Algunos afirman que los tribunales no deben naturalmente

³ MOURTADA-SABBAH, Nada, “The political question doctrine, Executive discretion and foreign affairs”, en *White House Studies*, vol. 3, 2003, p. 6.

decidir sobre cuestiones de carácter político, mientras otros reflexionan si la doctrina existe realmente.⁴ Esta confusión puede ser en parte explicada por el método, en gran parte imprevisible, por medio del cual la Suprema Corte norteamericana ha invocado la doctrina a lo largo de los años. No obstante, el pasaje transcrito debajo puede ser considerado el “catálogo clásico” de las condiciones según las cuales la doctrina es aplicada:

*“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”*⁵

Las doctrinas de la cuestión política y del órgano exclusivo (“*sole organ*” *dictum*)⁶ fueron por primera vez enunciadas por el Jefe de Justicia John Marshall en el caso *Jonathan Robbins* (1801), en que él defendió la decisión del presidente John Adams de extraditar hacia Gran Bretaña a una persona que había sido condenada por asesinato:

*“(…) If a murder should be committed within the United States, and the murderer should seek an asylum in Britain, the question whether the ‘casus foederis’ of the twenty-seventh article had occurred, so that his delivery ought to be demanded, would be a question of law, but no man would say it was a question which ought to be decided in the courts. (...) The parties were two nations. They cannot come into court to litigate their claims, nor can a court decide on them. Of consequence, the demand is not a case for judicial cognizance. The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations. Of consequence, the demand of a foreign nation can only be made on him. He possesses the whole Executive power. He holds and directs the force of the nation. Of consequence, any act to be performed by the force of the nation is to be performed through him.”*⁷

⁴ Vea, por ejemplo, HENKIN, Louis, “Is there a ‘Political Question Doctrine’?”, en *Yale Law Journal*, vol. 85, N° 5, 1976.

⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, p. 217 (1962).

⁶ La doctrina del “*sole organ*” fue invocada en un reciente caso legal en los Estados Unidos. Después que el *New York Times* publicara la historia sobre actividades de interceptación de comunicaciones por parte de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA, sigla en inglés), la Oficina del Consejo Jurídico en el Departamento de Justicia emitió un “papel blanco” (*white paper*) justificando la legalidad del programa de la NSA. El documento señalaba la autoridad constitucional inherente al Presidente como Jefe Militar Supremo y al Ejecutivo como “órgano exclusivo” en el manejo de las relaciones exteriores de la nación. Igualmente, en otro caso, en California, sobre la constitucionalidad de dicha operación de la NSA, el Departamento de Justicia sostuvo que el privilegio de secretos de Estado “*embodies central aspects of the Executive’s responsibilities under Article II of the Constitution as Commander in Chief and as the Nation’s organ for foreign affairs.*” Ver FISHER, Louis. “President’s game? History refutes claims of unlimited presidential power over foreign affairs”, en *Legal Times*, vol. XXIX, N° 49, 2006.

⁷ Anales del Congreso, 6 Cong., primera y segunda sesiones, 587, p. 613 (1800).

La conducción de la política externa es considerada *par excellence* el campo de aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas.⁸ Temas tales como fronteras internacionales, abrogación de tratados, reconocimiento de gobiernos extranjeros son apenas algunos ejemplos de áreas de más frecuente aplicación de la doctrina. Los principales casos sobre la aplicabilidad de la doctrina de la cuestión política, por las cortes estadounidenses, en el campo de las relaciones exteriores, serán analizados a continuación.

Como se ha apuntado más arriba, la decisión *Baker v. Carr* incluye el catálogo clásico de las “condiciones de aplicabilidad” de la doctrina de las cuestiones políticas. En dicho caso, el tribunal justificó el rechazo de la demanda, declarando que la mera naturaleza de las decisiones del Ejecutivo en el manejo de su política externa era política, y no judicial. Dichas decisiones, por tanto, eran enteramente confiadas por la Constitución a los departamentos políticos del gobierno –Ejecutivo y Legislativo. Este caso también subraya un aspecto particular de la doctrina, a saber, el denominado “*one single voice principle*”, según el cual ciertas cuestiones –tales como materias relacionadas con guerra o relaciones exteriores– exigen que el Estado manifieste su posición con una única voz, sin la divergencia de puntos de vista entre las ramas del gobierno.⁹

Un segundo caso es el *U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.*,¹⁰ donde fue afirmado que existe una discreción exclusiva del Presidente en el manejo de la política exterior, más allá del control legislativo o judicial. Debido al carácter delicado de las relaciones exteriores y al poder exclusivo del Presidente en este ámbito, la legislación referente a temas de política externa debe permitir al Presidente un grado de discreción, lo cual no sería permisible, si la cuestión solamente se refiriera a asuntos domésticos. En ese contexto, se traza una distinción entre los poderes del gobierno federal sobre asuntos exteriores y aquéllos sobre asuntos internos:

*“It is important to bear in mind that we are here dealing not alone with an authority vested in the President by an exertion of legislative power, but with such an authority plus the very delicate, plenary and exclusive power of the President as the sole organ of the federal government in the field of international relations – a power which does not require as a basis for its exercise an act of Congress, but which, of course, like every other governmental power must be exercised in subordination to the applicable provisions of the Constitution. It is quite apparent that if, in the maintenance of our international relations, embarrassment –perhaps serious embarrassment– is to be avoided and success for our aims achieved, congressional legislation which is to be made effective through negotiation and inquiry within the international field must be often accord to the President a degree of discretion and freedom from statutory restriction which would not be admissible were domestic affairs alone involved.”*¹¹

⁸ La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró ella misma que “*there are sweeping statement to the effect that all questions touching foreign relations are political questions.*” Veá *Baker v. Carr*, *op. cit.*, p. 211.

⁹ Cfr. *Baker v. Carr*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰ *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

¹¹ *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, *op. cit.*, p. 320. Vale señalar que los defensores de podede-

Un caso subsiguiente es el *Goldwater v. Carter*,¹² en que la terminación del tratado de defensa mutua firmado por Estados Unidos y Taiwan, decidida por el presidente Jimmy Carter, fue cuestionada por miembros del Congreso, porque la decisión presidencial fue tomada sin consulta previa al Senado.¹³ La mayoría sostuvo que la cuestión no era justiciable, porque el caso debería ser considerado político en su naturaleza, puesto que se refería a la conducción de las relaciones exteriores.¹⁴ De otra parte, aquéllos que rechazaron el argumento basado en la doctrina de la cuestión política sostuvieron que aunque el caso se relacionaba con temas de política exterior, la cuestión presentada refería solamente a la división constitucional de poderes entre el Congreso y el Presidente.¹⁵

Otro caso que merece mención es la decisión *Schneider v. Kissinger*¹⁶ concerniente a la alegada participación de los Estados Unidos en el *coup d'état* liderado por el General Augusto Pinochet en Chile. El caso fue sobreseído por plantear una cuestión política. Más recientemente se presentó el caso *Glen v. Club Méditerranée S.A.*,¹⁷ contra el grupo francés Club Med, por operar un hotel en tierras confiscadas a la familia Glen en 1960 por el gobierno cubano. La demanda planteada por un miembro de dicha familia fue sobreseída por el tribunal, que argumentó que los Glens eran impedidos por la “doctrina del Acto de Estado”.¹⁸ Ese principio impide que cualquier tribunal en los Estados Unidos declare inválido un acto oficial de un estado soberano extranjero, ejecutado dentro de su propio territorio.¹⁹

res presidenciales no sujetos a control en el periodo pos 11 de septiembre, basan su argumentación en esa decisión de la Corte Suprema. En realidad, el lenguaje de dicha decisión ha sido interpretada incorrectamente para defender poderes inherentes, exclusivos y extraconstitucionales al Presidente, colocándolo fuera del control del Congreso y de los tribunales. A ese respecto, el Jefe de Justicia, John Marshall, en una declaración hecha en 1800 y citada en ese caso, no quería decir que el Presidente era el “órgano exclusivo” para la formulación de un tratado o de la política exterior en general, sino que él era el único órgano para implementarlo. Cfr. arriba la cita en las pp. 8 y 9.

¹² *Goldwater v. Carter*, 44 U.S. 996 (1979).

¹³ Artículo II, Sección 2, Cláusula 2 de la Constitución norteamericana declara que el Presidente tiene el poder de celebrar tratados, con la condición de que dos tercios del Senado esté de acuerdo. El texto constitucional, con todo, no trata explícitamente de la cuestión sobre la abrogación de tratados.

¹⁴ *Goldwater v. Carter*, *op. cit.*, p. 1002.

¹⁵ *Ibid.*, p. 999.

¹⁶ *Schneider v. Kissinger*, 412 F.3d 190 (2005).

¹⁷ *Glen v. Club Méditerranée S.A.*, 450 F.3d 1251 (2006).

¹⁸ En efecto, la “doctrina del Acto de Estado” no fue diseñada para proteger la soberanía de otras naciones contra la intervención de los Estados Unidos, sino para impedir que las prerrogativas del Ejecutivo norteamericano, en el ámbito de las relaciones exteriores, sean frustradas por una decisión emitida por los tribunales norteamericanos: “*The engagement of the judicial branch in challenges to the validity of foreign acts of state might hinder rather than further the policy interests of the United States and of the international community. Piecemeal judicial intervention could interfere with negotiations being conducted by the Executive branch with the foreign country concerned.*” Cfr. COLLINS, Lawrence, “Foreign relations and the judiciary”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 505.

¹⁹ El principio del Acto de Estado fue anteriormente afirmado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabatino*, 376 U.S. 398 (1964).

El último caso examinado es la decisión de la Corte de Massachusetts sobre la acción civil n.03-10284-JTL contra el Presidente George W. Bush y el Secretario de Defensa Donald H. Rumsfeld, el 24 de febrero de 2002. En ese caso, dichas autoridades fueron acusadas de emprender una invasión militar en Iraq sin una declaración formal de guerra del Congreso o su autorización para dicho propósito. Los querellantes lo entendieron como una violación de la Cláusula 11, artículo I, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos (*Declare War Clause*). La cuestión fue, sin embargo, declarada no justiciable, porque el caso fue considerado una cuestión política.

Las decisiones de la Corte Suprema arriba analizadas muestran que ella ha utilizado criterios flexibles más que principios rígidos, cuando decide si debe o no adjudicar demandas relacionadas al manejo de las relaciones exteriores. A ese respecto, la Corte Suprema ha sido influenciada por consideraciones tales como: la posibilidad de deshonrar al Ejecutivo, que podría resultar de diferentes pronunciamientos sobre un determinado tema y las dificultades asociadas al complejo campo de las relaciones internacionales.

La tradicional aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas por las cortes norteamericanas no significa la no adjudicación de cualquier acto político del Ejecutivo o Legislativo. Por el contrario, existe un consenso según el cual acciones de cualquier autoridad política pueden ser cuestionadas por el Judicial, incluso actos presidenciales. Hasta la declaración de estado de urgencia puede ser materia de control judicial.²⁰ Además, respecto a actos presidenciales en el ámbito de las relaciones exteriores, la Constitución norteamericana ni excluye ni restringe la competencia del Judicial de examinar casos que tienen relación con temas de política exterior.²¹

2. EL MODELO FRANCÉS DE CONTROL POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

En la mayoría de los sistemas legales, el control de leyes ejercido por los tribunales constitucionales es ejecutado *a posteriori* respecto a normas que ya entraron en vigor y se hicieron efectivas.²² Por el contrario, en Francia, el control preventivo es la forma básica de actividad del Consejo Constitucional. Según el Artículo 54 de la Constitución de Francia de 1958, el *Conseil Constitutionnel* es exclusivamente competente para el

²⁰ En el caso *Steel Seizure (Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952))*, la Corte Suprema afirmó que *a priori* los actos del Ejecutivo no son inmunes al control judicial, incluso la declaración del estado de emergencia, sobre la cual solamente el Presidente tiene competencia para decidir.

²¹ La Constitución de los Estados Unidos incluso declara expresamente en el Artículo III, sección 2, la posibilidad de control judicial de cuestiones de política exterior: "(...) *to controversies to which the United States shall be a Party (...)* *to controversies (...)* *between a State or Citizen thereof, and foreign States, Citizens or Subjects (...)*".

²² Es el caso, por ejemplo, de Brasil y Alemania.

control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales.²³ Tratados que contienen cláusulas consideradas contrarias a la constitución no son ratificados. Después de la ratificación el Consejo no es más competente, o sea, no puede dictaminar la constitucionalidad de leyes que ya entraron en vigor.

Otra característica particular del control previo y concentrado de constitucionalidad ejercido por el Consejo Constitucional es su naturaleza política. El Consejo es un órgano político más que un órgano judicial. Sus miembros no son jueces y él no es un tribunal. En efecto, en Francia, no está bien aceptado el concepto de tribunales como una rama co-igual de gobierno. Por el contrario, la supremacía del Legislativo como expresión de la voluntad general es valorizada sobre el sistema judicial.²⁴

El Consejo Constitucional normalmente adopta una actitud de moderación en sus fallos sobre la constitucionalidad de actos del Ejecutivo en la conducción de la política exterior.²⁵ En ese contexto, debe ser apuntada la teoría francesa de los *actes de gouvernement*, según la cual actos concernientes a la relación entre el gobierno y el Parlamento y también actos que se refieren al derecho internacional, tales como la conclusión de tratados internacionales y la declaración de guerra, no están sujetos al control judicial. Esa teoría fue desarrollada por la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* y su idea central es que actos del gobierno deben ser considerados como actos de cumplimiento directo de la Constitución. A ese respecto, debe ser mencionado el caso sobre la interpretación de un tratado entre Francia y Marruecos que reglaba el impacto financiero de la nacionalización de propiedad francesa por el gobierno marroquí. En su fallo, el *Conseil d'Etat* afirmó que la interpretación del tratado hecha por el Ministro de Asuntos Exteriores francés era vinculante.²⁶

²³ El Artículo 54 de la Constitución francesa de 1958 declara: "Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución". Cabe destacar que hasta 1993 la iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de tratados internacionales pertenecía exclusivamente al Presidente, al Primer Ministro y a los presidentes de las cámaras alta y baja del Parlamento. Diputados y senadores no tenían dicha competencia. Por eso, algunos miembros del Parlamento empezaron a utilizar la vía indirecta –según el procedimiento del Artículo 61 de la Constitución– para cuestionar la constitucionalidad de leyes internas que aprobaban los tratados internacionales. El *Conseil Constitutionnel* confirmó su jurisdicción para decidir dichas controversias y, de esta manera, un método de control indirecto de constitucionalidad de los tratados internacionales fue introducido en Francia, pero solamente ejercido *a priori*. En el año 1992 la Constitución fue enmendada, pasando los diputados y senadores a tener el derecho de iniciativa para iniciar el control directo de constitucionalidad de tratados internacionales.

²⁴ Para un análisis de las razones históricas y ideológicas de esa "desconfianza" hacia el Judicial en Francia, vea CAPPELLETTI, Mauro, *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1992, pp. 94-100.

²⁵ Cfr. RESS, Georg, "Mangelhaft diplomatische Protektion und Staatshaftung. Überlegungen zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der auswärtigen Gewalt im französischen und deutschen Recht", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 32, 1972, pp. 420 y ss.

²⁶ Cfr. COLLINS, *op. cit.*, pp. 493-494.

Entre las decisiones del Consejo Constitucional, en el procedimiento del control directo de constitucionalidad de tratados internacionales, las más importantes son aquéllas sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. En un primer fallo, *Maastricht I*,²⁷ el Presidente de la República solicitó al Consejo revisar el tratado, y ése, a su vez, declaró que varias provisiones del tratado no podrían ser ratificadas sin una enmienda de la Constitución. Después que dicha enmienda había sido adoptada, el tratado fue de nuevo cuestionado por un grupo de diputados, en la llamada decisión *Maastricht II*. En esta ocasión, sin embargo, el Consejo declaró que el tratado estaba de acuerdo con la Constitución.²⁸

Un control semejante fue ejercido con relación al Tratado de Ámsterdam de 1997, cuya constitucionalidad fue cuestionada por el Presidente de la República y el Primer Ministro franceses ante el Consejo Constitucional.²⁹ En ese fallo, el Consejo declaró dos provisiones del tratado incompatibles con el principio constitucional de la soberanía nacional. Justo después de la adopción de una enmienda constitucional apropiada, el procedimiento de ratificación pudo ser completado. Y, por último, la decisión reciente sobre la ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa, en que el Consejo entendió necesaria una revisión previa de la Constitución a fin de ratificar dicho tratado.³⁰

A partir de ese análisis, se puede decir que temas que se refieren a las relaciones internacionales reciben consideración especial por el Consejo Constitucional francés. A ese respecto, como arriba apuntado, el Consejo adopta una posición de moderación, cuando cuestiones concernientes a actos del Ejecutivo en materia de política exterior son entablados ante él. Adicionalmente, la misma naturaleza política del *Conseil Constitutionnel* no permite que tratados internacionales sean controlados por un rigorismo constitucional, sino a través de consideraciones socio-políticas. Los miembros del Consejo no son entrenados para el Judicial y ellos tienden a tornarse políticos profesionales. Además, el nombramiento de los miembros del Consejo por el Presidente y dos cámaras legislativas prueba el compromiso político entre ellos.³¹ Por último, pero no menos importante, se debe subrayar la regla del Artículo 55 de la Constitución francesa que otorga a los compromisos internacionales una mayor jerarquía respecto a las leyes, condicionada a la existencia de reciprocidad.³² Esa provisión muestra la posición especial conferida a los tratados internacionales según el ordenamiento jurídico francés.

²⁷ Decisión N° 92-308 DC de 9 de abril de 1992.

²⁸ Decisión N° 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992.

²⁹ Decisión N° 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997.

³⁰ Decisión N° 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004.

³¹ A ese respecto, vale señalar las críticas hechas al Consejo que consideran dicho órgano no suficientemente independiente del Ejecutivo.

³² El artículo 55 estipula que "los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Todas esas consideraciones conducen a la conclusión de que tratados internacionales, como actos del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones exteriores, cuando están sujetos al control por el Consejo Constitucional francés, reclaman trato especial que es asegurado por la propia naturaleza política del Consejo. De hecho, el sistema francés ha sido criticado por ser principalmente ejercido con base en conveniencia política más que según la conformidad de las leyes con la Constitución.³³

3. EL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* Y LAS RELACIONES EXTERIORES

En oposición al sistema norteamericano, existe en Alemania una jurisdicción constitucional especializada, concentrada en el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*). De otra manera, la Suprema Corte de los Estados Unidos no es un órgano judicial con atribuciones constitucionales exclusivas, sino un tribunal de revisión.³⁴ Además, mientras que la doctrina de la cuestión política es reconocida en la jurisprudencia de la Suprema Corte y por académicos norteamericanos, en Alemania esa teoría es completamente desconocida y sumamente polémica.

Según el derecho alemán los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que leyes federales, o sea, según el principio *lex posterior* es posible que ellos dejen de ser aplicados en favor de ley federal posterior.³⁵ Frente a la Constitución ellos tienen una jerarquía inferior. Así, un tratado internacional debe estar en conformidad con la Ley Básica (*Grundgesetz*) y, de esta manera, él se torna sujeto al control judicial de constitucionalidad.³⁶ Cumple señalar, no obstante, que la jurisdicción del *Bundesverfassungsgericht* no menciona el control directo de constitucionalidad de tratados internacionales. Existe solamente una posición bien establecida que el control indirecto –el control de la ley que incorpora al derecho interno las normas contenidas en el tratado– es permitido.

En Alemania el control de constitucionalidad de las leyes es ejercido siempre *a posteriori*, o sea, solamente después de la entrada en vigor de la ley. Excepción a esa regla son las leyes, ya arriba mencionadas, que contienen el tratado y lo incorporan al ordenamiento jurídico interno.³⁷ Ésas pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional –en caso de que éste sea llamado a apreciar la controversia– incluso durante su

³³ Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 17 ed., Saraiva, São Paulo, 1989, p. 32.

³⁴ Cfr. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 86.

³⁵ Cfr. SCHWEITZER, Michael, *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 8 ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 164.

³⁶ Vea las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán: BVerfGE 36, 1 (13); 72, 66 (74s); 72, 200 (238); 84, 90 (113).

³⁷ En el derecho alemán, dichas leyes reciben la denominación de “*Vertragsgesetze*” y están previstas en la primera parte del art. 59 II de la Ley Básica. Para un análisis más detenido sobre esa disposición vea STEIN, Torsten, *Völkerrecht*, 11 ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2005, pp. 73-76.

fase de borrador. Ese procedimiento tiene el fin de evitar la situación en que, después de la entrada en vigor de la *Vertragsgesetz* y de la ratificación del tratado y también de su propia entrada en vigor en el ámbito internacional, el Tribunal declare inconstitucional el contenido del tratado –indirectamente por la ley que lo incorporó al derecho interno.³⁸

El Tribunal Constitucional Alemán ha decidido repetidas veces que leyes que incorporan el contenido de tratados internacionales al derecho doméstico están también sujetas al procedimiento del recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), el cual tiene la intención de proveer protección efectiva de los derechos fundamentales a los ciudadanos.³⁹

En el caso, por ejemplo, respecto a activos alemanes en Suiza,⁴⁰ el gobierno federal consideró la petición inadmisibile porque un acto que aprueba el contenido de un tratado internacional y que ha sido ratificado en conformidad con el Artículo 59 II de la Ley Básica es un acto no justiciable del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones exteriores. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Alemán decidió a favor de la admisibilidad del recurso constitucional, afirmando que los así llamados “*Treaty Acts*”⁴¹ simultáneamente transforman el contenido del tratado en derecho doméstico, que pasa a ser vinculante a los órganos del Estado y también a los ciudadanos. De esa manera, el Acto podría establecer directamente derechos y deberes para los individuos y, como consecuencia, derechos fundamentales podrían ser violados por él. Por consiguiente, el recurso constitucional contra el Acto debería ser posible.

³⁸ Vale subrayar que si acaso esa situación ocuriera, el gobierno alemán continuaría todavía obligado ante el derecho internacional público, como parte contratante, pero el tratado (como también la *Vertragsgesetz*) no serían aplicables en el ámbito del ordenamiento jurídico interno alemán.

³⁹ A ese respecto vea las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán: BVerfGE 1, 396 (410); 4, 157 (162); 6, 290 (290).

⁴⁰ BVerfGE 6, 290 (290). En ese caso la cuestión era si actos que manifiestan el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado pueden ser cuestionados por medio del recurso constitucional. Tratábase del así llamado Acuerdo de Washington de 25 de mayo de 1946 sobre la liquidación de activos depositados en Suiza de residentes alemanes en Alemania. Esos activos ya habían sido congelados por decisión de la Corte Nacional Ejecutiva de Suiza y solamente algunos de ellos habían sido liquidados. El 26 de agosto de 1952 tres tratados fueron concluidos entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza, entre ellos el acuerdo sobre los activos alemanes en Suiza. Ese tratado daba a los propietarios de activos alemanes embargados en Suiza la posibilidad de recuperar la libre disposición de esos activos. El gobierno suizo se comprometió a liberar los activos mediante el pago de una suma de 121.5 millones de francos suizos por la República Federal de Alemania. Esa suma debería ser cubierta por contribuciones de los propietarios afectados, que pagarían un tercio del valor de los activos a ser liberados. El demandante, que había sido completamente perjudicado por bombardeos en Alemania, era propietario de una pequeña vivienda en Suiza. A fin de evitar la liquidación, él decidió pagar la suma requerida. Ante la justicia, él solicitó que fuera declarado nulo e inválido el acto que aprobaba los tres tratados concluidos entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza y el acuerdo sobre los activos alemanes en Suiza. Él afirmó que ambos contravinieron la garantía de titularidad y el principio de igualdad de la Ley Básica y de la Constitución Federal Suiza. Además, según el demandante, ambos documentos eran contrarios a los principios generales de derecho internacional sobre la protección de la propiedad privada y la garantía de titularidad previstos en el Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴¹ Actos que expresan el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado con Estados extranjeros.

El *Bundesverfassungsgericht*, no obstante, en otros casos concernientes a asuntos de política exterior, especialmente al control de tratados bilaterales, mantiene una posición diferente, prestando una mayor atención a las circunstancias internacionales peculiares, bajo las cuales un tratado es negociado. A diferencia de las leyes nacionales, los tratados internacionales son resultado de intensa negociación, compromisos y “*package deals*” con otros actores que no están sujetos a la *Grundgesetz*. Es esperado, así, que la posición alemana no sea satisfecha por completo, sea ella de naturaleza política o constitucional. De otra parte, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados no deben ser objetos de negociación. A fin de equilibrar esos intereses en conflicto, el Tribunal Constitucional Alemán ha desarrollado la así llamada “teoría de la aproximación” (*Annäherungstheorie*), según la cual al gobierno alemán le es permitido negociar y concluir un tratado internacional, incluso si sus provisiones no son compatibles con la Constitución, si, según criterios constitucionales, la situación es peor sin que con la conclusión del nuevo tratado internacional.⁴²

El Tribunal Constitucional Alemán enunció por primera vez la teoría de la aproximación cuando decidió sobre la constitucionalidad del Estatuto del Sarre.⁴³ En ese fallo, el Tribunal señaló que cuando un tratado internacional, que regula las relaciones políticas de Alemania, es sometido al control judicial de constitucionalidad, la posición política de la cual el tratado surgió debe ser considerada. En ese caso, el aspecto político era el hecho de que la otra parte contratante del tratado tenía una prerrogativa especial debido a su posición de potencia ocupadora, la cual no estaba sujeta a restricciones constitucionales. De esta manera, la cuestión presentada era si la regla constitucional –según la cual cualquier ejercicio de autoridad estatal dentro de Alemania está vinculado a la *Grundgesetz*– debería ser extendida a tratados concluidos bajo circunstancias tan especiales. El Tribunal mantuvo la opinión contra un rigorismo constitucional y afirmó que las provisiones del tratado necesitan solamente mostrar una tendencia inherente a aproximarse por completo al estatus constitucional. Además de esa “tendencia”, otra condición estipulada por el Tribunal era de que algunos contenidos centrales de disposiciones constitucionales fuesen respetados.⁴⁴

⁴² Cfr. ZETTLER, Franz-Christoph, *Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag: die gerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Akte der Regierung nach deutschem, amerikanischem und englischem Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, pp. 267 y ss; y RESS, Georg, “Die Kontrolle internationaler Verträge und der Akte der Europäischen Gemeinschaften durch das Bundesverfassungsgericht”, en Koenig, Pierre; Rüfner, Wolfgang, *Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1985, p. 163.

⁴³ *Saar-Urteil*, BVerfGE 4, 157ss. Después de la Segunda Guerra Mundial, el territorio del Saare se convirtió en parte de la zona de ocupación francesa. A partir de la Constitución del Saare de 1947 la región pasó a tener un status autónomo, independiente de Alemania. Además, el texto preveía relaciones económicas estrechas con Francia. El gobierno alemán no reconoció ese nuevo régimen. En 1954 Alemania y Francia firmaron un acuerdo sobre el Estatuto del Sarre, que tenía la intención de dar al territorio un status específico europeo bajo la supervisión de un comisario europeo responsable solamente ante el Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental. El Estatuto fue objeto de un referendo, lo cual, por fin, falló y, de esta manera, el territorio del Sarre volvió a ser un Estado federado alemán. El Estatuto debería durar hasta la conclusión de un tratado de paz, que posteriormente fue cuestionado ante el Tribunal Constitucional Alemán por miembros del Parlamento, y sostenido posteriormente.

⁴⁴ “(...) *infringements of constitutional norms can be accepted if they have a direct link with the provisions*

La teoría de la aproximación lleva a la conclusión que el derecho constitucional respeta la situación especial de negociaciones internacionales, donde el gobierno no está solo y, por eso, no se puede esperar que él siempre logre el reconocimiento completo de su propia posición. Sin embargo, la teoría no exime en general al gobierno de garantías constitucionales cuando negocia tratados internacionales. Su restricción principal es la necesidad de que la situación antes de la conclusión del tratado sea menos compatible con la Ley Básica.

Aunque la teoría de la aproximación ha sido desarrollada y aplicada en el contexto de la ocupación de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, algunos autores entienden que su fundamento, no obstante, es completamente independiente de las especificidades del Derecho de ocupación. La teoría es, por eso, aplicable a cualquiera situación en que intereses protegidos constitucionalmente puedan ser realizados sólo parcialmente, por motivos que están más allá del control ejecutivo del gobierno alemán.⁴⁵

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán hay más de tres casos que muestran la posición del Tribunal de ceder un ancho margen de apreciación al Ejecutivo en sus resoluciones en el campo de las relaciones exteriores. Ellos son los siguientes fallos: *Grundlagenvertragsurteil*,⁴⁶ *Hess-Beschluss*⁴⁷ y *Bodenreform I*.⁴⁸ Esa última decisión merece una atención especial. En el proceso de reunificación alemana, los dos gobiernos alemanes emitieron una declaración conjunta, según la cual expropiaciones basadas en el Derecho de ocupación que ocurrieron en el territorio de la República Democrática Alemana entre 1945 y 1949 no serían rescindidas, o sea, la propiedad no sería devuelta. Esa declaración fue posteriormente incorporada al Tratado de Unificación entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana.

Sobre un recurso constitucional planteado por antiguos propietarios, el Tribunal Constitucional Alemán sostuvo el tratado y fundó su decisión en la declaración hecha por el Ejecutivo, según la cual la República Democrática Alemana y también la Unión Soviética han insistido en la no devolución de las expropiaciones como condición para la reunificación, y que el gobierno federal debía ponerse de acuerdo a fin de lograr la unidad de Alemania. El Tribunal explicó que bajo dichas circunstancias el Ejecutivo podría suponer que la oportunidad de reunificación dependía de la aceptación de la provisión respecto a las expropiaciones entre 1945 y 1949. El juicio sobre la posición

showing such a tendency of approximation towards full compliance with the constitution, and as long as some core contents of constitutional provisions are observed." KISCHEL, Uwe, "The State as a non-unitary actor: the role of the judicial branch in international negotiations", en *Arbeitspapiere - Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung*, N° 23, 2000, p. 9.

⁴⁵ KISCHEL, *op. cit.*, pp. 11-13.

⁴⁶ BVerfGE 36, 1.

⁴⁷ BVerfGE 55, 349. Para un análisis de los fallos *Grundlagenvertragsurteil* y *Hess-Beschluss*, ver PIAZOLO, Michael, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen: die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA*, Verlag Ernst Vögel, Múnich, 1994, pp. 58-59.

⁴⁸ BVerfGE 84, 90.

negociadora estaba sujeto, por tanto, solamente a la evaluación independiente del Ejecutivo y no del Judicial.⁴⁹

Además de los casos arriba examinados, un gran número de tratados internacionales muy importantes ha sido cuestionado por el *Bundesverfassungsgericht*. Así, al principio de los años 50 fueron decididos litigios relacionados a la preparación del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa. Luego, al principio de los años 70, el Tribunal dictaminó sobre la constitucionalidad de tratados celebrados con la República Democrática Alemana, Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Y al principio de los años 90 la constitucionalidad del acto que aprobaba el Tratado de Maastricht fue materia de decisión por el Tribunal.⁵⁰

Todos los fallos arriba analizados muestran que el control de constitucionalidad de tratados internacionales representa un importante elemento de las actividades del Tribunal Constitucional Alemán. Como antes señalado, en los años 70, el *Bundesverfassungsgericht* ha aplicado el principio de la autorrestricción judicial, cuando decidió no interferir en cuestiones constitucionalmente confiadas a los departamentos políticos del gobierno y, así, reconoció una discreción exclusiva por el Ejecutivo en el manejo de las relaciones externas. Doctrinadores alemanes, no obstante, rechazan la doctrina de la cuestión política como argumento para explicar la actitud de autorrestricción del tribunal. Según el derecho alemán, los tribunales no deben ser impedidos de adjudicar, o sea, no habría situación en que no existe ley aplicable. En otras palabras, no existe la posibilidad de *non liquet*. Por eso, la aplicabilidad directa de la doctrina de la cuestión política no es posible en el sistema alemán.

El Tribunal Constitucional Alemán desempeña un papel significativo en la esfera política de Alemania. Él no debe interferir en el proceso político, sino guiar la decisión política según los principios constitucionales. De hecho, su mayor contribución es la constitucionalización de la actividad política más que el control judicial de los actos políticos. Un ejemplo es la decisión del Tribunal en el año de 1994 sobre la constitucionalidad de la participación del ejército alemán (*Bundeswehr*) en la misión UNOSOM de las Naciones Unidas en Somalia. El Tribunal decidió que esa solamente sería posible a condición de que el Parlamento alemán fuese previamente consultado. En ese caso, fueron establecidas reglas de competencia entre el Ejecutivo y Legislativo. Aunque fue reconocida la naturaleza política de la cuestión, el tribunal juzgó a favor de la

⁴⁹ Cinco años después, en el fallo *Bodenreform II* (BVerfGE 94, 12), el Tribunal Constitucional Alemán decidió otra vez sobre dicho tema. Los querellantes presentaron varios documentos parcialmente nuevos que mostraban que la reunificación alemana no había dependido de la no restitución. A pesar de esa evidencia, el Tribunal insistió en su argumento a favor del ancho margen de discreción por el Ejecutivo en materia de política exterior, especialmente en cuanto a la conclusión de tratados internacionales.

⁵⁰ A ese respecto, vea la sentencia *Maastricht-Urteil* (BVerfGE 89, 155). Vale señalar que el Tribunal Constitucional Alemán ha declarado una sola vez inconstitucional una provisión de un tratado internacional. Tratábase de un acuerdo, sin mayor importancia política, firmado en el año de 1934 entre Alemania y Suiza sobre la prevención de doble tributación. Cfr. BVerfGE 30, 272.

justiciabilidad de la materia, puesto que el Ejecutivo no había solicitado la autorización del *Bundesrat*, la cual es prevista por la Constitución como condición para misiones extranjeras del *Bundeswehr*.⁵¹

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES EN BRASIL

Según arriba apuntado, la doctrina de la cuestión política restringe los tribunales a controlar un juicio en materia de política exterior de una rama política del gobierno, a la cual es reconocida constitucionalmente la autoridad para emitir dicho juicio. En ese contexto, los tribunales deben adoptar una actitud de autorrestricción, a fin de no minar el proceso político por medio de su intervención. Como será seguidamente analizado, el Supremo Tribunal Federal de Brasil no mantiene dicha posición en su jurisprudencia.

Según el derecho brasileño, como el alemán, los tratados internacionales transformados en derecho interno tienen la jerarquía legal de leyes ordinarias y están, por eso, sujetos al control judicial.⁵² La Constitución Federal de Brasil de 1988 misma estipula expresamente en el art. 102 III *b* que tratados internacionales son objetos de control de constitucionalidad.⁵³ En otras palabras, la justiciabilidad de actos del Ejecutivo en cuanto a relaciones exteriores es prevista constitucionalmente y garantizada por el Supremo Tribunal Federal.⁵⁴

⁵¹ A ese respecto, cumple subrayar las posiciones completamente contrarias entre el Judicial norteamericano sobre la acción civil n.03-10284-JTL (cfr. arriba p. 12) y el Tribunal Constitucional Alemán en ese último fallo presentado. Ambos casos son semejantes, ya que son relacionados a actos del Ejecutivo en materia de política exterior, para los cuales la Constitución establece el necesario consentimiento previo del Legislativo. No obstante, mientras la corte norteamericana declara la cuestión no justiciable, el tribunal alemán decide juzgarla según las reglas de Derecho Procesal Constitucional.

⁵² Vea, por ejemplo, la decisión ADIn 1.480-3-DF de 16 de octubre de 1996. Una excepción a esa regla son los tratados internacionales respecto a derechos humanos, que tienen ahora rango constitucional, según el nuevo art. 5º, párrafo 3 de la Constitución brasileña que declara: "Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos cuando aprobados, por cada cámara del Congreso Nacional, en dos vueltas, por tres quintos de votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales". El párrafo 3 fue añadido a la Constitución por la Enmienda Constitucional 45 de 8 de diciembre de 2004, como solución para el problema de los conflictos entre legislación interna posterior y tratados internacionales de derechos humanos. Para un análisis completo sobre la jerarquía jurídica de tratados internacionales de derechos humanos en el derecho brasileño, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 51-80.

⁵³ El art. 102 III *b* de la Constitución brasileña estipula: "El Supremo Tribunal Federal es responsable, esencialmente, por velar por el respeto de la Constitución, siendo competente para juzgar mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida declara la inconstitucionalidad de tratado o ley federal". Eso corresponde al caso de control indirecto de constitucionalidad de tratados internacionales. En la Constitución brasileña no existe una provisión explícita que prevé el control directo de constitucionalidad de tratados internacionales. Sin embargo, es posible un control judicial abstracto del acto (en forma de ley federal) que apruebe e incorpore el contenido del tratado al ordenamiento jurídico interno. Cfr. Art. 102 I a de la Constitución brasileña.

⁵⁴ Cfr. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26 ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 560.

El Judicial brasileño es una institución sólida, altamente independiente de las otras ramas del gobierno y sus decisiones son adheridas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. El Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) sirve como corte de última instancia para casos federales y estatales inferiores respecto a derecho constitucional federal. Como antes señalado, en su jurisprudencia el Tribunal no ha aplicado la doctrina de la cuestión política. En ese sentido, el Tribunal no tiene una actitud de autorrestricción, o sea, no deja de juzgar cuestiones de naturaleza política, especialmente, respecto a disputas políticas domésticas. De hecho, los críticos alegan que el Supremo Tribunal Federal fundamenta la mayoría de sus decisiones según criterios políticos.

En materia de política exterior, el Supremo Tribunal Federal no ha sido tan activo en comparación con la Corte Suprema de los Estados Unidos o el Tribunal Constitucional Alemán. Eso puede ser explicado por el hecho de que la política externa de Brasil no enfrenta los mismos desafíos que las políticas estadounidense o alemana enfrentan. Aunque Brasil sea un país de proporciones continentales, no tiene ninguna disputa limítrofe con sus vecinos. Además, Brasil es normalmente descrito como un país “anti guerra”. Por tanto, cuestiones con respecto a disputas internacionales son raras veces planteadas ante el Supremo Tribunal Federal.

No obstante, en cuanto al control de constitucionalidad de tratados internacionales un fallo debe ser apuntado, lo cual muestra la posición conservadora del Supremo Tribunal Federal, cuando decide a favor de la voluntad del legislador nacional en detrimento de temas sensibles de política internacional. Es la decisión HC 72.131-RJ de 22 de noviembre de 1995. La cuestión planteada ante el STF fue la incompatibilidad entre el art. 7° VII de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁵⁵ (conocida también por Pacto de San José) y el art. 5° LXVII de la Constitución Federal.⁵⁶ El Tribunal decidió a favor de la supremacía de la Constitución sobre la norma de tratado internacional, según el art. 102 III b de la Constitución, que afirma expresamente el control judicial de constitucionalidad de tratados internacionales.⁵⁷ Esa posición ha sido muy criticada por doctrinadores brasileños, ya que entienden que esa postura del Tribunal permite el incumplimiento del tratado por el Estado brasileño y compromete la credibilidad del país como socio estratégico en el campo internacional.⁵⁸

En efecto, al principio del siglo XX, los tratados y convenciones internacionales eran considerados por la doctrina nacional materias no sujetas al control judicial, debi-

⁵⁵ El art. 7° VII estipula: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

⁵⁶ Art. 5° LXVII afirma que “no habrá prisión civil por deudas, salvo el caso de incumplimiento voluntario e inexcusable de obligaciones alimentarias y el caso de depositario infiel.” (énfasis añadida).

⁵⁷ El Supremo Tribunal Federal reiteró esa posición en casos posteriores. Veá, por ejemplo, RE 206.482-SP; HC 76-561-SP de 27 de mayo de 1998 y RE 243613 de 27 de abril de 1999.

⁵⁸ Cfr. MIGUEL, Alexandre, “A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos”, en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, año 14, vol. 55, 2006, p. 302. Vale subrayar que ese fallo es anterior a la Enmienda Constitucional 45 de 8 de diciembre de 2004, la cual otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

do a su naturaleza esencialmente política. Sin embargo, con el fortalecimiento del principio de la supremacía de la Constitución y la ampliación del control judicial de constitucionalidad, la doctrina pasó a entender que dichos actos tras incorporados al ordenamiento jurídico interno, podían ser objetos de control judicial de constitucionalidad. Es decir, ningún tema, cuando es cuestionado frente a la constitución, puede ser excluido del control judicial, aun cuando la cuestión tenga un contenido político. Esa es la posición que ha sido adoptada por el Supremo Tribunal Federal, por ejemplo, como antes apuntado, en su decisión HC 72.131-RJ de 22 de noviembre de 1995.⁵⁹

Cumple señalar que el STF nunca reconoció la posibilidad de intervención del Judicial en el manejo de la política exterior por el Ejecutivo. Dicha posición, en realidad, sería contraria a la disposición constitucional prevista en el art. 84 VII que establece la competencia privativa del Presidente de la República de mantener relaciones con Estados extranjeros. No obstante, a finales de 2003, una acción cautelar fue planteada ante la Justicia Federal (Acción Cautelar N° 2004.36.00.000011-0/MT), solicitando que el gobierno fuese obligado a conducir gestiones ante las autoridades norteamericanas, a fin de excluir los ciudadanos brasileños de la exigencia de foto y de la toma de huella dactilar, cuando entrasen en los Estados Unidos. Además, la demanda solicitaba el sometimiento de los ciudadanos norteamericanos al mismo tratamiento, cuando entrasen en territorio brasileño. Ambos pedidos fueron aceptados por medida liminar concedida por la Justicia Federal del Estado de Mato Grosso.⁶⁰

La decisión de la Justicia Federal del Estado de Mato Grosso a favor de la segunda parte del pedido –“el sometimiento de los ciudadanos norteamericanos al mismo tratamiento”– obligó al gobierno federal a adoptar una medida típicamente de política externa, denominada de “retorsión”, por medio de la cual un Estado ofendido aplica al Estado agresor las mismas medidas que éste utiliza contra el otro. Los críticos alegan que la solución de dicho caso debería venir del Ejecutivo por medios diplomáticos, y no del Poder Judicial que, de esta manera, usurpó competencia de otra rama del gobierno y, consecuentemente, hirió el principio de la separación de poderes consagrado por la Constitución.⁶¹

5. LA ALTERNATIVA DEL “*AMICUS CURIAE*”

Basado en el análisis legal comparativo arriba presentado, el artículo concluye a favor de la posición de que la autorrestricción judicial debe ser preferida a la completa no justiciabilidad de tratados internacionales ante los tribunales constitucionales. El importante papel del control judicial de constitucionalidad es bien conocido por pro-

⁵⁹ Vea también la decisión ADI N° 1.480/DF.

⁶⁰ La referida demanda y la decisión liminar fueron fundamentadas en el principio de reciprocidad.

⁶¹ Para más detalles sobre dicho fallo vea TEIXEIRA, José Elaeres Marques, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, 1ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005, pp. 222-224.

teger la sociedad en su totalidad, contra actos abusivos u omisiones de otras ramas del gobierno con base en su inconstitucionalidad. Además, dicho control tiene esencial importancia para el sistema de “pesos y contrapesos” (*checks and balances*), al restringir la eventual violación al principio de la separación de poderes por el Ejecutivo y el Legislativo. En resumen, ello representa un mecanismo fundamental de toda democracia constitucional.

Sin embargo, debido al hecho de que dichos actos del Ejecutivo pueden involucrar intereses sensibles de política externa, se argumenta que ellos deben ser considerados actos que piden una actitud de autorrestricción judicial. Eso no significa, no obstante, que el Poder Judicial debe someterse a la política del Ejecutivo, pero las respectivas consideraciones de esta rama del gobierno en la materia deben ser necesariamente tomadas en cuenta por los jueces en la formulación de sus decisiones.

A ese respecto, el artículo propone, como alternativa para dicha interacción entre el Ejecutivo y el Judicial, la participación de un representante del Ejecutivo como un *amicus curiae* en el proceso –preferentemente alguien que ha participado directamente en las negociaciones del tratado. A diferencia de los jueces, esa persona conoce mejor las condiciones que predominan en el campo de las relaciones internacionales y tiene fuentes confidenciales de información, ya que él trabaja cerca de oficiales diplomáticos y consulares.

Ese representante podría, por tanto, proveer informaciones valiosas al tribunal, desde el punto de vista del Ejecutivo, ayudando a los jueces a formular sus decisiones, especialmente en casos relacionados a la interpretación de tratados internacionales. Debe ser señalado que esa alternativa es distinta de la tradicional intervención de un *amicus curiae*, puesto que no habría discreción por parte del tribunal en la admisión de la información proporcionada por la tercera parte. En ese sentido, siempre que admitida la participación del *amicus curiae*, las consideraciones del Ejecutivo serían necesariamente vinculantes. Eso es justificado porque el gobierno tendrá que responder ante un Estado extranjero por cualquier violación de derecho internacional resultado de la decisión de un tribunal nacional.⁶²

El autor es consciente que esa alternativa podría ser criticada por ser contraria al principio de la separación de poderes, ya que el Poder Judicial no decidiría de manera independiente, no basado en su propio razonamiento, sino vinculado a declaraciones de otras ramas del gobierno (en ese caso, el Ejecutivo). De otra parte, debido al carácter peculiar del campo de las relaciones internacionales, la alternativa presentada debería ser considerada en beneficio de todos los argumentos arriba apuntados, respec-

⁶² Para un examen más detallado respecto a las ventajas de la participación del *amicus curiae* en el proceso de control judicial de constitucionalidad, vea COLLINS, Lawrence, “Foreign relations and the Judiciary”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 488, 489 y 494; y BUENO FILHO, Edgard Silveira, “*Amicus curiae*. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade”, en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, año 13, vol. 53, 2005, p. 24.

to a la política internacional, tales como: la posibilidad de grave deshonor al Ejecutivo, el riesgo de responsabilidad internacional del Estado, el largo regateo típico de las negociaciones internacionales y los problemas de credibilidad del país ante la comunidad internacional.

Es defendido, por tanto, que la participación de un *amicus curiae* podría conferir más efectividad y legitimidad a las decisiones de los tribunales respecto a asuntos internacionales y, a la vez, ofrecer un adecuado equilibrio de poderes entre la competencia del Judicial por el control de constitucionalidad y la prerrogativa exclusiva del Ejecutivo en el manejo de las relaciones exteriores del país.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que el argumento “pro justiciabilidad” debe prevalecer, ya que los tribunales no deben ser impedidos de decidir sobre el significado de los tratados internacionales incorporados al derecho doméstico o de adjudicar sobre transacciones de Estados soberanos extranjeros. Ellos son actos conducidos por los departamentos políticos del gobierno (ramas Ejecutiva y Legislativa) y, por eso, deben ser controlados por el Judicial, según el principio de “pesos y contrapesos”.

En relación a los tratados internacionales, específicamente, hay una distinción entre el poder de celebrar tratados (*treaty-making-power*) –que pertenece al Ejecutivo– y la implementación del tratado en el ordenamiento jurídico interno, que es atribución del Legislativo. La posición defendida por el artículo es que el ejercicio del poder de participar de acuerdos internacionales por las ramas políticas del gobierno debe ser controlado y cuestionado por el Judicial. Este es el caso, por ejemplo, de la interpretación de tratados, en que una cuestión surge en el derecho interno y debe ser decidida por los tribunales nacionales, y no por el Ejecutivo.

Sin embargo, debido al hecho de que las negociaciones internacionales pertenecen al ámbito de “alta política”, el argumento a favor de la no justiciabilidad de algunos temas de relaciones exteriores ha ganado fuerza, en su mayor parte por influencia de la doctrina de la cuestión política en los Estados Unidos. A ese respecto, no todos los países comparten la opinión que los tratados internacionales o materias relacionadas con la política externa en general deben ser asunto legal para los tribunales. Como antes visto, los sistemas norteamericano y francés, de maneras distintas, garantizan la prerrogativa del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones exteriores contra la discreción judicial.

Los argumentos a favor de la no justiciabilidad son basados en el principio de la división de poderes en una democracia constitucional y en la naturaleza política de dichas cuestiones de política internacional. En ese sentido, la intervención judicial, ejercida por medio del control de constitucionalidad, podría interferir con intereses de política exterior perseguidos por el Ejecutivo o perjudicar la conducta de esa rama del gobierno en negociaciones internacionales. Por tanto, según los defensores de la no

justiciabilidad, existen determinados actos de soberanía que exigen a los tribunales nacionales una actitud de autorrestricción.

Así, el Judicial debe aceptar las realidades de las relaciones internacionales y conceder un margen de discreción al Ejecutivo en el manejo de la política externa. Este tiene los conocimientos, lleva la responsabilidad política y es el órgano constitucionalmente competente en el ámbito de las relaciones exteriores. La intromisión judicial puede desestabilizar la posición del país ante la comunidad internacional, por ejemplo, a través del control judicial de tratados ya en vigor, deteriorando la reputación del Estado de socio fiable en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

La más significativa conclusión que puede ser obtenida de ese artículo es que los tribunales deben asegurar los límites de la acción gubernamental conforme a los principios de una democracia constitucional, incluso en el delicado campo de las relaciones internacionales. Es deber de ellos asegurar que los principios y las normas constitucionales sean respetados. A la vez, no obstante, ellos deben considerar las circunstancias peculiares bajo las cuales la política exterior es conducida e intentar encontrar un equilibrio entre las condiciones del derecho constitucional nacional y las particularidades de la política internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BUENO FILHO, Edgard Silveira, "Amicus Curiae. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade", en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, año 13, vol. 53, 2005, pp. 20-28.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1992.
- COLLINS, Lawrence, "Foreign relations and the Judiciary", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 485-510.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989.
- FISHER, Louis, "President's game? History refutes claims of unlimited presidential power over foreign affairs", en *Legal Times*, vol. XXIX, n. 49, 2006.
- HENKIN, Louis, "Is there a 'Political Question Doctrine'?", en *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 5, 1976.
- KISCHEL, Uwe, "The State as a non-unitary actor: the role of the judicial branch in international negotiations", en *Arbeitspapiere – Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung*, n. 23, 2000.
- MIGUEL, Alexandre, "A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos", en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, año 14, vol. 55, 2006, pp. 286-326.
- MOURTADA-SABBAH, Nada, "The political question doctrine, Executive discretion and foreign affairs", en *White House Studies*, vol. 3, 2003.

- PIAZOLO, Michael, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Frage: die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA*, Verlag Ernst Vögel, München, 1994.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.
- RESS, Georg, "Mangelhaft diplomatische Protektion und Staatshaftung. Überlegungen zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der auswärtigen Gewalt im französischen und deutschen Recht", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 32, 1972.
- RESS, Georg, "Die Kontrolle internationaler Verträge und der Akte der Europäischen Gemeinschaften durch das Bundesverfassungsgericht", en Koenig, Pierre; Rübner, Wolfgang. *Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1985, pp. 145-173.
- SCHWEITZER, Michael, *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2006.
- STEIN, Torsten; BUTTLAR, Christian von, *Völkerrecht*, 11ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2005.
- ZEITLER, Franz-Christoph, *Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag: die gerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Akte der Regierung nach deutschem, amerikanischem und englischem Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.