

## La tutela dei diritti fondamentali in America Latina attraverso la giurisprudenza delle Corti. Il caso brasiliano.

Martina Contieri\*

**SOMMARIO:** 1.- Premessa. 2.- La Corte Interamericana dei diritti umani, brevi cenni sulla sua storia e sulla sua funzione; 2.1.- L'elaborazione del “controlle de convencionalidad” nella giurisprudenza della CIDU; 3.- La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione Brasiliana del 1988 e la giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale; 4.- Il Supremo Tribunale Federale e la “negazione tacita” del “controlle de convencionalidad”; 5.- Brevi riflessioni conclusive.

### 1.- Premessa.

Il cittadino europeo contemporaneo è stato definito come «portatore non di una monolitica identità, ma di identità molteplici, corrispondenti ai differenti aggregati sociali cui appartiene»<sup>1</sup>. Tale definizione è stata elaborata in riferimento, sia alla molteplicità di fonti che garantiscono e tutelano diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, sia soprattutto, agli stratificati ambiti e livelli di operatività di sistemi che, prendendo vita dalle pronunce di più giudici sono collocati in un ideale piramide gerarchica<sup>2</sup>.

A comporre quello che è stato definito “sistema multilivello” di tutela dei diritti fondamentali<sup>3</sup>, ritroviamo, oggi, più sistemi normativi, istituzionali e giurisdizionali che si giustappongono su differenti piani di tutela, al vertice di ciascuno dei quali opera un organo giurisdizionale chiamato, dai sistemi stessi, a presidio di questi.

Diversi organi giurisdizionali si trovano, dunque, ad operare su livelli differenti, con un distinto grado di integrazione e, in alcuni casi, risulta difficile scongiurare il rischio di interferenza; si tratta di organi giurisdizionali che si trovano ad operare in base a più *rationes*, e utilizzando vari strumenti di tutela, aventi un distinto grado di effettività<sup>4</sup>.

A fronte di riferimenti normativi, ai vari livelli, lacunosi e poco esaustivi, sono le pronunce delle

---

\*Laureanda in Scienze Giuridiche, Università di Salerno.

<sup>1</sup>P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri*, in S. Panunzio e E. Scisio (curr.), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, 89.

Cfr. E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei contorlimiti in Diritto Internazionale*, 1/2010, 4-5.

RIDOLA, *La Carta*, cit. Cfr., inoltre, sul punto, G. ROLLA, *L'influenza delle Carte Sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale in Politica del diritto*, 2-3 (2012) 181; A. D'ATENA, P. GROSSI (curr.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004.

P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello di diritti*, in *Rivista AIC*, (2006).

Corti nazionali, sovranazionali e globali che attualmente hanno assunto il compito di fissare le regole di convivenza in un non sempre idilliaco “dialogo”, il quale dovrebbe essere finalizzato alla ricomposizione di un diritto globale, al riordino delle competenze di ciascuna Corte e all’eventuale soluzione in caso di conflitto tra più pronunce.

In tale contesto, in cui versano gli ordinamenti giuridici europei, sembra essersi manifestata negli ultimi anni, a causa di diversi fattori, un’alterazione, più volte denunciata dalla dottrina, del classico e tradizionale sistema delle fonti<sup>5</sup>, e, in tal senso, si è manifestata una dilagante produzione giurisprudenziale del diritto ad opera sia delle Corti Supreme nazionali che di quelle sovranazionali. Si potrebbe, a seguito di un’analisi ad ampio raggio, osservare come tale fenomeno sembri non essere confinato esclusivamente al continente europeo, ma pare invece, manifestarsi anche in altri, per più profili molto diversi, sistemi giuridici.

Nelle pagine che seguono si intende fare riferimento alla realtà sudamericana dalla quale sembrano emergere, anche per lo studioso europeo, spunti di particolare interesse relativamente a tale tematica.

È stato, infatti, osservato come, non solo il sistema europeo, ma anche quello interamericano di protezione dei diritti umani, che sicuramente al primo si ispira, senza rinunciare ad importanti e propri elementi di differenziazione, ha concorso a quella che è stata definita “internazionalizzazione del costituzionalismo”<sup>6</sup>. Entrambe le Corti Regionali<sup>7</sup> dei due continenti, seppur con le relative differenze derivanti dal diverso contesto in cui si trovano ad operare, hanno assunto un ruolo molto attivo nell’interpretazione dei principi fondamentali sanciti nelle costituzioni nazionali<sup>8</sup>.

Nei paesi latinoamericani, il fenomeno della produzione giurisprudenziale del diritto pare manifestarsi su distinti versanti. Si può rilevare come la maggior parte delle costituzioni di tali paesi

---

<sup>5</sup> V., *ex plurimis*, M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. Cost.* 1 (1996) 122-188.

<sup>6</sup> Cfr. P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San Jose*, in *I Diritti dell’uomo*, (2010).; Inoltre v. F. PALERMO, *Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze. The internationalization of constitutional law and the constitutionalization of international law: differences*, in *European Diversity and Autonomy Papers*, 2009; V. anche, A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo in costituzionalismo.it*, (2003). In particolare, M. NEVES, *Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de derechos Humanos al transconstitucionalismo en America Latina in Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, (2013) 277 ss. per il quale, oltre al dialogo costituzionale tra le Corti, l’internazionalizzazione del costituzionalismo comporta che, quando i differenti ordinamenti giuridici si trovano implicati nella soluzione di una questione costituzionale che sia rilevante per tutti, essi devono cercare la soluzione del problema in maniera trasversale, guardando l’uno all’altro al fine di comprendere ciascuno i propri limiti e le proprie possibilità di contribuire al raggiungimento di una soluzione comune. (el transconstitucionalismo implica el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional que les sea concomitantemente relevante deben buscar formas transversales de articulación para la solución del problema, cada uno de ellos observando al otro, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir a solucionarlo).

<sup>7</sup> Si fa specificamente riferimento alla Corte europea dei diritti dell’uomo e alla Corte interamericana dei diritti umani.

<sup>8</sup> TANZARELLA, *Il sistema*, cit., 2.; Cfr. NEVES, *Del diálogo*, cit. 276, per il quale, l’internazionalizzazione del costituzionalismo, deriva in parte anche dall’operato della Corte Interamericana e tribunali supremi o costituzionali degli Stati, poiché, sempre con più frequenza, tali tribunali si trovano a dover adottare soluzioni a problemi di ordine costituzionale che riguardano sia istanze nazionali, internazionali, sovranazionali e transazionali che statali.

ha previsto dei controlli di costituzionalità e delle clausole di apertura nei confronti dei trattati di diritto internazionale, principalmente quelli che tutelano diritti umani, per cui da un lato, il sistema delle fonti viene fortemente influenzato e alterato dalle pronunce dei giudici costituzionali, sia allorché tali Corti costituzionali si trovano ad annullare gli atti legislativi considerati contrastanti con la Costituzione, sia quando si trovano ad interpretare tali disposizioni<sup>9</sup>. Dall'altro lato, rilevante sembra l'operato della Corte Interamericana dei diritti umani (Corte IDU) che, attraverso quello che viene definito "controllo di convenzionalità", ai fini di tutelare i diritti previsti e sanciti dalla Convenzione Interamericana dei diritti umani, ha svolto un ruolo di controllo del rispetto di tali principi da parte delle norme giuridiche degli ordinamenti aderenti alla Convenzione, anche con riferimento, come si vedrà, a norme costituzionali.

Questa attività della Corte, soprattutto negli ultimi tempi, si è rivelata molto penetrante rispetto alle singole autonomie statali, sicché è tutt'oggi in corso un vivace dibattito circa la sussistenza o meno di limiti alla vincolatività delle sue sentenze specie in considerazione delle competenze e della mancata legittimazione democratica della stessa<sup>10</sup>.

In entrambi i sistemi regionali di tutela dei diritti, sembra manifestarsi un conflitto latente tra la giurisprudenza delle Corti sovranazionali e i giudici interni, specie quelli costituzionali.

Partendo dalla consapevolezza delle enormi differenze che, principalmente a causa del diverso sviluppo storico, culturale e anche economico, intercorrono tra queste due macro-realtà, e non sottovalutando la particolare situazione democratica degli stati sudamericani, si proseguirà il lavoro spostando l'attenzione sull'attività e il ruolo che in tali sistemi ha assunto la Corte Interamericana dei Diritti Umani, la cui attività sembra essere caratterizzata da un forte protagonismo e sta guadagnando sempre una maggiore influenza sugli ordinamenti interni, facendo parlare anche nel continente sud-americano della creazione di un sistema multilivello di tutela dei diritti<sup>11</sup> nel quale

---

<sup>9</sup>Cfr. C. LANDA, *Gli standard del controllo di convenzionalità nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, in *Quaderni Costituzionali* (2016) 1.

<sup>10</sup>A. DULITZKY, *An Inter-american Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Right*, in *Texas International Law journal*, Vol 50, 45 ss.

<sup>11</sup>Il concetto di protezione multilivello dei diritti umani si è sviluppato nel contesto europeo. V. G.ROLLA, *L'influenza delle Carte Sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale in Politica del diritto* 2-3 (2012) 181 ss. il quale considera che nel contesto europeo, che è caratterizzato da due codificazioni internazionali di rango costituzionale, come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dalla rilevanza della giurisprudenza di due Corti come, la Corte europea dei diritti e la Corte di giustizia dell'Unione europea, «si assiste a un superamento della tradizionale contrapposizione tra una concezione dualistica o monistica del rapporto tra ordinamento nazionale e sovranazionale; la prima li considera separati, la seconda li vede, invece, come parti di un unico sistema costruito gerarchicamente sul primato della fonte internazionale, a vantaggio di una prospettiva multilivello: secondo la quale si è in presenza di ordinamenti tra di loro coordinati e integrati». Allo stesso modo, viene rilevato da parte della dottrina sud-americana come, anche in tale continente, a causa dell'attivismo della Corte Interamericana dei Diritti Umani, la quale con la sua giurisprudenza sta incidendo in maniera consistente sulle dinamiche statali, si possa parlare della creazione di un sistema multilivello di tutela. Viene altresì sottolineato come, se da un lato la creazione di un sistema multilivello al cui vertice si trovi la Corte Interamericana, riveste un grande potenziale per la promozione del rispetto dei diritti fondamentali e la loro tutela, dall'altro pone nuovi problemi in quanto alcuni tribunali supremi nazionali si mostrano reticenti ad accettare la giurisdizione di tale Corte. Si veda, a tal proposito, G. GALINDO, R.

un ruolo di primaria importanza è svolto proprio dalla CIDU. Per l'evidente impossibilità di affrontare i rapporti tra questa Corte e tutte le diverse e distinte singole realtà sudamericane, con la consapevolezza della diversità di tali ordinamenti, questo lavoro proseguirà facendo riferimento soprattutto all'ordinamento brasiliano e in particolare alla posizione assunta dal Supremo Tribunale Federale in relazione alla giurisprudenza della Corte Interamericana.

## 2.- La Corte Interamericana dei diritti umani, brevi cenni sulla sua storia e sulla sua funzione.

Nella tutela dei diritti fondamentali in America Latina un ruolo fondamentale lo ha sicuramente assunto la Corte Interamericana dei diritti umani.

Nel 1969 l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) concludeva i lavori per l'elaborazione della Convenzione Americana dei Diritti Umani, denominata anche Patto di San José<sup>12</sup>.

Tale Convenzione, ispirandosi al sistema europeo della Cedu, prevedeva l'istituzione di una Corte Regionale, la Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDU) che, con il compito di assicurare il rispetto da parte degli stati aderenti alla Convenzione dei diritti in essa sanciti, iniziò ad operare nel 1978. Per i primi 10 anni però, la Corte svolse una funzione soltanto consultiva, come previsto dall'art. 64 della Convenzione<sup>13</sup>.

La Corte, la cui sede è a San José in Costa Rica, è composta da sette giudici in carica per 7 anni, provenienti dagli Stati Membri della OAS. Alla Corte è attribuita una competenza consultiva (relativa all'interpretazione delle disposizioni della Convenzione e all'interpretazione dei Trattati riguardanti la protezione dei diritti umani negli stati sudamericani), cui si affianca una competenza contenziosa di carattere giurisdizionale, attraverso la quale la Corte si trova a risolvere questioni

---

URUEÑA, A. TORRES PÉREZ (curr.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. Inoltre sulla problematica di una protezione multilivello dei diritti fondamentali si veda, *ex plurimis*, P. BILANCIA, E. DE MARCO (curr.), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, Milano, 2010, 453 ss.; E. DE MARCO, *La tutela dei diritti nel quadro del costituzionalismo multilivello*, in E. DE MARCO, *Percorsi del «nuovo costituzionalismo»*, Milano, 2008, 83 ss.; A. D'ATENA, P. GROSSI (curr.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004.

<sup>12</sup> V. L. BURGORGUELAESSEN, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Entre clasicismo y creatividad*, in VON BOGDANDY, A. LANDA ARROYO, C. MORALLES ANTONIAZZI (curr.) *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, 287-338; Invece, con riferimento specificamente all'ordinamento brasiliano, L. M. OLIVEIRA, *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, v. in particolare la prefazione di CANÇADO TRINDADE,, "Prefácio: A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história", 17-43.

<sup>13</sup> Art. 64 «1. Gli Stati membri dell'Organizzazione possono consultare la Corte circa l'interpretazione della presente Convenzione o di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati Americani. Nell'ambito delle loro rispettive competenze, anche gli organi di cui al Capitolo X della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, come emendata dal Protocollo di Buenos Aires, possono allo stesso modo consultare la Corte; 2. La Corte, su richiesta di uno Stato dell'Organizzazione, può fornire a tale Stato pareri relativi alla compatibilità di qualunque sua legge nazionale con gli strumenti internazionali citati al paragrafo precedente».

concrete generate dalla violazione da parte di uno Stato dei precetti convenzionali.

Al fine di evitare che gli Stati non ratificassero la Convenzione nel timore di essere convenuti dinanzi alla CIDU, era stato previsto che la giurisdizione contenziosa fosse limitata soltanto a quegli Stati che la avessero accettata espressamente. Nel sistema americano dunque, a differenza di ciò che avviene in quello delineato dalla Cedu, in cui è prevista un'adesione automatica alla Cedu nel momento in cui gli Stati aderiscono al Consiglio d'Europa, gli Stati possono decidere, pur facendo parte dell'OAS, di non ratificare la Convenzione<sup>14</sup>, sottraendosi in tal modo alla giurisdizione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, ed evitando, così, qualsiasi tipo di controllo sui propri atti giuridici da parte di questa. Solo nel momento in cui si verificò il passaggio da sistemi autoritari e militari a forme di Stato democratiche, gli Stati sudamericani iniziarono tendenzialmente a ratificare il Patto e accettarono la giurisdizione contenziosa della Corte, anche al fine di segnare una rottura con il passato e di sottolineare l'avvento di una svolta democratica il cui fulcro si sarebbe dovuto concretizzare proprio nella tutela dei diritti umani<sup>15</sup>.

Dal punto di vista strutturale, fondamentale ruolo nel sistema sudamericano, lo assumono la Commissione<sup>16</sup> e la Stessa Corte IDU.

Per quanto riguarda il ruolo della Corte, si è detto della sua funzione consultiva, prevista dall'art 64 della Convenzione, che nonostante sia stata chiamata in causa poche volte, si è rilevata importante nel dialogo con gli Stati al fine di far assumere alla Corte un emblematico ruolo di guida nella tutela e nella protezione dei diritti umani<sup>17</sup>. Naturalmente, la sua azione si è mostrata più incisiva nell'esercizio della funzione giurisdizionale poiché, in tale ambito, assume decisioni vincolanti per gli Stati. La Corte esercita la propria giurisdizione contenziosa al fine di assicurare la protezione dei diritti sanciti nella Convenzione e prevenire la loro futura violazione da parte degli Stati.

Le sentenze della Corte sono definitive e inappellabili e sono considerate vincolanti per quegli Stati che hanno accettato la sua giurisdizione. L'art 68 infatti afferma che «Gli Stati Parti della

---

<sup>14</sup>Attualmente i paesi che hanno ratificato la Convenzione sono 25: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Cile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguay e Venezuela.

<sup>15</sup>V. TANZARELLA, *Il sistema*, cit. 4.

<sup>16</sup>La Commissione fu creata nel 1959 dalla OAS per la promozione e la difesa dei diritti umani e pensata come un organo consultivo della OAS. In un primo momento (1959- 1967), la sua missione era quella di monitorare la situazione dei diritti umani attraverso la redazione di rapporti che denunciassero la situazione dei diritti umani in America Latina.

Con l'entrata in vigore del patto di San José, le funzioni della Commissione si ampliarono: oltre al monitoraggio sulla situazione dei diritti umani, la Commissione fu competente per la formulazione di pareri e raccomandazioni agli Stati, per rispondere a quesiti sottoposti dagli Stati membri e assunse un ruolo di intermediario nel sistema dei ricorsi individuali. Cfr. F. OSPINA; J. GALINDO VILLARREAL *El sistema Interamericano de Derechos Humanos in Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit. 135-138.

<sup>17</sup>Nonostante l'art. 64 non preveda la vincolatività dei pareri emessi dalla Corte, la stessa Corte Americana ha previsto che questi formano un sistema, privo di sanzioni e formalismi, che si pone in una posizione parallela rispetto alla giurisdizione contenziosa. V. la Corte in *Restrictions to the Death Penalty*, OC-3/83 dell' 8 settembre 1983. Il numero delle decisioni assunte in tale veste dalla Corte è piuttosto esiguo, tuttavia tale giurisprudenza sembra rilevante nell'analisi del ruolo assunto dalla Corte rispetto al potere sovrano degli stati. In tal senso v. TANZARELLA, *Il sistema*, cit. 20.

Convenzione si impegnano a dare esecuzione alla sentenza della Corte in tutti i casi in cui siano parti. La parte della sentenza che dispone il risarcimento del danno potrà essere eseguita nel paese in questione secondo le procedure nazionali relative all'esecuzione delle sentenze contro lo Stato»<sup>18</sup>. Dunque, come nella maggior parte dei trattati internazionali, sono posti degli obblighi in capo agli Stati che se non li rispettano ne risponderanno sul piano internazionale, ma a differenza degli altri trattati internazionali, la Convenzione, come d'altronde avviene anche nel meccanismo della Cedu, può contare sulla giurisdizione della sua Corte.

Al contrario della Corte Regionale europea, la Corte interamericana, anche grazie alla formulazione di alcune disposizioni contenute nel patto di San José che non trovano riscontro nella CEDU, ha sviluppato una giurisdizione molto ampia anche in tema di rimedi. La relativa libertà degli Stati in tema di modalità d'esecuzione delle sentenze della Corte nel sistema Cedu trova la sua base giuridica negli art. 41 e 46 Cedu e nell'interpretazione che se ne è fatta in relazione alla "dottrina del margine di apprezzamento"<sup>19</sup>.

Venendo al versante sudamericano, l'art 63<sup>20</sup> della Convenzione interamericana concede un forte potere in tal senso alla Corte di San José. Se per i sistemi Regionali e internazionali sembra pacifico affermare che le autorità interne una volta accertata una violazione, siano tenute a porre fine a questa e a risarcire il danno, il potere della Corte di influire essa stessa nella determinazione di quali siano le forme di riparazione da adottare sembra una peculiarità riscontrabile esclusivamente nel sistema interamericano, la cui previsione probabilmente risponde all'esigenza, in caso di gravi violazioni di diritti, di permettere alla Corte di incidere anche sul piano dell'esecuzione delle sue decisioni.

La giurisdizione della Corte sembra aver svolto un ruolo fondamentale al fine di garantire lo sviluppo dei diritti sanciti nella Convenzione, e tale giurisdizione si è distinta per coraggio e audacia. Questa connotazione discende, oltre che dall'elaborazione del parametro del controllo di convenzionalità, alla cui funzione verrà dedicato il prossimo paragrafo, anche dalla dottrina interpretativa dell'"effetto utile", attraverso la quale la Corte ha ravvisato, nelle disposizioni della Convenzione, delle norme generali e vincolanti che gli Stati sono chiamati a rispettare

<sup>18</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) art. 68. «Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes».

<sup>19</sup> Per affermazione costante della Corte di Strasburgo fin dalla fine degli anni 50, e ora espressamente previsto nel XV protocollo della Cedu, il margine di apprezzamento è manifestazione di quello spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione, al fine di coniugare l'obbligo di adempimento di vincoli pattizi con esigenze prettamente nazionali. In sede europea gli art. 41 e 46 della Cedu non consentono, anche a causa dell'interpretazione restrittiva che se ne è fatta, alla Corte di Strasburgo di stabilire, una volta accertata una violazione, quali siano i rimedi più adeguati, lasciando in ciò un'ampia discrezionalità agli Stati.

<sup>20</sup> «Se la Corte ritiene che vi sia stata una violazione di uno dei diritti o libertà protette dalla presente Convenzione, essa dispone che alla parte offesa sia assicurato il godimento del diritto o libertà violato. Se dal caso la Corte dispone la riparazione delle conseguenze del provvedimento o della situazione costituente violazione di tale diritto o libertà e che alla parte offesa sia corrisposto un giusto indennizzo».

direttamente<sup>21</sup>.

Per comprendere tali orientamenti e, dunque, il ruolo assunto dalla Corte, è necessario analizzare il contesto in cui quest'ultima è stata chiamata ad operare.

A seguito di uno studio sui casi e le questioni che, concretamente, la Corte Interamericana si è trovata a risolvere, si è evidenziato lo scarso funzionamento dei meccanismi di democrazia interna alla maggior parte degli Stati sudamericani<sup>22</sup>. Se da più parti, dunque, si è sottolineato il grande interventismo della Corte interamericana, appare però necessario evidenziare come i tipi di violazioni di diritti umani che la Corte si trova a giudicare, molto spesso hanno ad oggetto violazioni molto gravi dei diritti fondamentali, come violazioni del divieto di tortura e abusi direttamente compiuti dalle forze pubbliche; questi fanno emergere e sono sintomo della situazione di “emergenza democratica”<sup>23</sup> dei paesi aderenti alla Convenzione, e fanno, forse, guardare sotto una diversa luce “all'interventismo” della Corte.

Infatti, nonostante formalmente vi sia stato nella quasi totalità degli stati sudamericani un passaggio da sistemi totalitari a forme di Stato democratiche, non sempre si possono in questi riscontrare delle situazioni e delle forme di democrazia consolidata, almeno rispetto a quelli che sono gli standard europei.

Anche il contesto storico in cui la Convenzione è nata è molto distante da quello europeo, in cui i primi Stati firmatari della Cedu erano intrisi dei valori della tradizione liberale ottocentesca sulle cui basi è sorto il costituzionalismo moderno. Fatta naturalmente eccezione per le, seppur lunghe e tragiche parentesi totalitarie, l'affermazione del costituzionalismo democratico si è, in Europa, sviluppata su radici più profonde e consolidate.

Il contesto storico-politico sudamericano ha inciso sulla struttura della Carta<sup>24</sup> e ha influenzato il ruolo assunto dalla Corte. Inoltre la presenza nella storia sudamericana di governi d'ispirazione autoritaria ha comportato, ovviamente, episodi di forte corruzione e pesanti violazioni dei diritti umani di cui la Corte interamericana si è trovata ad occuparsi. In Europa, seppur tutt'oggi la Corte Edu si trovi talvolta a giudicare questioni in cui si rilevano delle violazioni, anche gravi, dei diritti umani<sup>25</sup>, tali episodi sembrano relegati ad ipotesi eccezionali.

L'attività della Corte Interamericana, dunque, si è dimostrata particolarmente incisiva sugli ordinamenti giuridici interni, soprattutto laddove si è trattato di salvaguardare i principi fondanti il costituzionalismo liberale, che sono purtroppo spesso messi in pericolo; in tale ottica la Corte, già

---

<sup>21</sup> Cfr. TANZARELLA, *Il sistema*, cit. 12-13.

<sup>22</sup> TANZARELLA, *Il sistema* cit. 4.

<sup>23</sup> TANZARELLA, *Il sistema* cit. 25-26.

<sup>24</sup> TANZARELLA, *Il sistema* cit., 5. La quale osserva come rispetto alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, i diritti contenuti nel patto di San José, oltre ad essere in numero maggiore, sono formulati in maniera molto dettagliata.

<sup>25</sup> Si fa riferimento ai recenti casi riguardanti la violazione da parte della Turchia dell'art 6 Cedu, oppure, alle nuove sfide che l'adesione alla Convenzione dei paesi dell'est europeo, sottopongono alla Corte.

dai suoi primi anni di attività, sembra aver assunto una posizione di riferimento per gli Stati che, avendo vissuto il passaggio da un sistema totalitario o militare ad un sistema formalmente democratico, avevano costruito il loro assetto istituzionale su delle fondamenta ancora troppo fragili.

Quando, infatti, la Convenzione entrò in vigore, molti degli stati sudamericani erano retti da dittature, e, dunque, a differenza di ciò che è avvenuto nel sistema europeo, ove la fonte ispiratrice del sistema era la triade non separabile dei concetti di Stato di diritto, Democrazia e Diritti umani, il sistema americano di protezione dei diritti umani è paradossalmente nato in un contesto spiccatamente autoritario, nel quale non era possibile alcuna associazione diretta tra questi tre concetti<sup>26</sup>.

Inoltre, se il sistema europeo è sorto come frutto del processo d'integrazione europea e al fine di rafforzare quest'ultima, nel contesto sudamericano, quando la Corte di San José ha iniziato la propria attività, l'integrazione e la creazione di uno *ius commune* latinoamericano tra gli Stati si trovava in una fase ancora embrionale<sup>27</sup>. Non sembra superfluo poi aggiungere che il territorio sudamericano è caratterizzato da un elevatissimo livello di disuguaglianza e emarginazione sociale, che si combina alla solo parziale affermazione dell'esistenza di regimi totalmente democratici, essendo in molti Stati ancora presenti delle reminiscenze dei regimi dittatoriali<sup>28</sup>. Gli Stati sudamericani provengono da una tradizione in cui il rispetto dei diritti umani da parte dell'autorità pubblica è spesso stato ignorato<sup>29</sup> e dunque, dopo l'avvento delle Carte costituzionali e la consacrazione in queste dei diritti fondamentali, il cammino verso l'effettività della tutela di questi ultimi può dirsi ancora non totalmente compiuto.

È proprio nel contesto di "smarrimento democratico" in cui si sono trovati i paesi latini, che deve quindi essere collocata l'attività della Corte Interamericana e, in virtù di tale contesto, appare necessario affrontare la problematica delle resistenze, che in alcuni casi sono state poste, alla vincolatività delle sentenze di quest'ultima.

Per quanto riguarda, infatti, la vincolatività della giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani, il grado di rispetto varia da un paese all'altro e su ciò incidono enormemente le differenze tra la cultura e lo sviluppo giuridico che specialmente in un continente variegato e frammentato come quello Sud americano, ogni ordinamento porta con sé. In primo luogo va rilevato

---

<sup>26</sup> Cfr. F. PIOVESAN, *Direitos humanos e dialogo entre jurisdições* in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 19 (2012) 73. Per la quale, testualmente, «o sistema regional interamericano teme em sua origen o paradoxo de nascer em un ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado».

<sup>27</sup> PIOVESAN, *Direitos*, cit. 73-74

<sup>28</sup> A tal proposito pare utile riportare alcuni dati secondo i quali in Brasile appena il 47% della popolazione ritiene che la forma di governo sia democratica. In Perù tale percentuale corrisponde al 45% e in Messico al 43%. V. *Democracy and the downtown: the latinobarometro poll*, in *The Economist*, (2009).

<sup>29</sup> Cfr. PIOVESAN, *Direitos*, cit. 74.



come, in quei paesi contraddistinti da una tradizione maggiormente democratica, e i cui governi si sono storicamente mostrati più rispettosi dei diritti umani, com'è ad esempio il caso del Costa Rica<sup>30</sup>, viene ammessa senza particolari riserve la vincolatività delle sentenze della CIDU. Invece in quegli ordinamenti retti da governi a vocazione autoritaria, come il Venezuela o il Nicaragua, si è affermata una giurisprudenza delle rispettive Corti supreme che, attraverso l'invocazione di istituti giuridici quali la cosa giudicata materiale o attraverso l'argomento della sovranità statale, tendono ad evitare la vincolatività di tali pronunce<sup>31</sup>.

È importante infatti ricordare alcuni, anche se ancora isolati, casi limite che dimostrano come in alcuni paesi il diritto interno ha sfidato la vincolatività delle decisioni della Corte, specialmente nei casi in cui tali decisioni hanno avuto ripercussioni sulla politica nazionale<sup>32</sup>.

Un esempio può essere rinvenuto nel caso "Aspitz Barbera y otros". La Sala Costitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Venezuela, dichiarò ineseguibile una decisione della Corte Interamericana con cui venivano reintegrati dei giudici che erano stati destituiti dal proprio incarico in ragione della considerazione che emettendo tale sentenza la Corte Interamericana avrebbe usurpato le competenze proprie delle autorità interne venezuelane.

Tali reazioni, dunque, mostrano una tensione costante tra il sistema interamericano dei diritti umani e quelli giuridici interni, tensione che sembra destinata a crescere se, come propone un orientamento che appare in via di consolidamento nella giurisprudenza della stessa Corte, si debba ritenere che le sentenze di quest'ultima producano effetti *erga omnes*<sup>33</sup>. Occorre rilevare inoltre che, quando le decisioni della Corte hanno ad oggetto norme di *ius cogens* come sembra avvenire nel caso *Gomes Lund vs. Brasil*, su cui in seguito ci si soffermerà, l'affermazione della produzione di effetti giuridici *erga omnes* di tali decisioni sembra condivisibile e coerente con la struttura e i fini della Convenzione. Questa impostazione è risultata invece più controversa laddove la giurisprudenza della Corte sembra affermare che tutte le proprie sentenze, anche quelle che non hanno riguardato

<sup>30</sup> R. HERNÁNDEZ VALLE, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei diritti dell'uomo da parte dei Supremi Tribunali e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*, in G. ROLLA (cur), *il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, 73-90.

<sup>31</sup> V. Id., *L'utilizzazione*, cit. 86, il quale ricorda come «la Sala Costituzionale della Suprema Corte di Giustizia del Venezuela, ha ignorato espressamente la giurisprudenza della CIDU ed ha dichiarato di non sentirsi vincolata in nessun senso. Infatti nella sentenza 1942 del 15 luglio 2003 la Sala Costituzionale venezuelana ha ignorato il valore obbligatorio delle raccomandazioni della CIDU e delle sentenze della Corte IDU assoggettandole al fatto che le sue decisioni sono conformi alla Costituzione del Venezuela secondo quanto determinato dal TSJ/SC». La Sala Costituzionale a tal proposito afferma che «Le decisioni di questi organi internazionali di protezione dei diritti umani non devono essere adempiute obbligatoriamente e non hanno applicazione o non sono applicabili se violano la Costituzione o non vengano esauriti i ricorsi giurisdizionali interni. Il contrario sarebbe sovvertire l'ordine costituzionale e ciò attenterebbe contro la sovranità dello Stato». V. Sent. n. 1942 del 15 luglio 2003 consultabile all'indirizzo web [www.jurisprudencia.vlex.com](http://www.jurisprudencia.vlex.com).

<sup>32</sup> V. G. GALINDO, *El valor de la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., 260.

<sup>33</sup> GALINDO, *El valor*, cit. 261 ss. Ove si sottolinea come il tentativo della Corte Interamericana di dotare le proprie sentenze di effetti giuridici *erga omnes*, si ispirerebbe ad un modello gerarchico in cui viene affermata la prevalenza del diritto internazionale sul diritto interno e ciò implicherebbe una sostituzione di sovranità che comporta non pochi nodi problematici.

delle violazioni di norme di *ius cogens*, producano effetti *erga omnes*; in tal modo la Corte sembra aver imposto, alle autorità interne, attraverso quello che è stato definito “controllo di convenzionalità”, di tenere necessariamente in conto l’interpretazione data dalla Corte, in qualsiasi sua pronuncia, alle disposizioni della Convenzione<sup>34</sup>.

A tal proposito, i paesi sudamericani hanno affrontato in maniera differente la questione della vincolatività della giurisprudenza della Corte e della produzione di effetti giuridici delle sue sentenze. Bisogna infatti tenere in considerazione che, nel sistema sudamericano, il grado di incorporazione delle norme internazionali ed interamericane di protezione dei diritti umani, varia notevolmente a seconda dell’ordinamento a cui si faccia riferimento.

Nella maggioranza dei paesi, i Trattati sui diritti umani hanno un rango normativo inferiore alla Costituzione, mentre in alcune legislazioni come quella peruviana, il contenuto e la portata delle norme interne riguardanti i diritti umani, devono essere interpretate in armonia con i Trattati internazionali sui diritti umani, i quali sono quindi considerati, parametri interpretativi che devono essere obbligatoriamente tenuti in considerazione dalle autorità interne in tema di tutela di tali diritti<sup>35</sup>.

Nell’intento di affrontare, dunque, specificamente questa problematica alla luce del controllo “de convencionalidad” e dell’accettazione di quest’ultimo con riguardo all’ordinamento giuridico brasiliano, il lavoro proseguirà affrontando rispettivamente la giurisprudenza della Corte Interamericana e successivamente quella del Supremo Tribunale Federale Brasiliano (STF) in merito a tale controllo.

## 2.1. – L’elaborazione del “controle de convencionalidad” nella giurisprudenza della CIDU.

Fin dall’inizio della sua attività, la Corte Interamericana ha affermato la propria competenza ad interpretare e applicare la Convenzione. Tale potere si è fatto discendere dall’interpretazione dell’art. 62 paragrafo 1 e 3 della Convenzione<sup>36</sup>. In virtù di tali disposizioni, secondo la Corte, la

<sup>34</sup> Id, *El valor*, cit. 266, il quale rileva come sia ormai crescente in dottrina la posizione di quanti hanno affermato e difeso il fatto che le decisioni della Corte Interamericana, non solo in casi in cui la sua giurisdizione è contenziosa, ma anche in casi in cui questa esercita una funzione consultiva, abbiano effetti *erga omnes*. Si veda a tal proposito, V. G. SAGUÉS, *El ‘Control de Convencionalidad’ como Instrumento para la Elaboración de un Ius Commune Interamericano*, in A. VON BOGANDY, E. FERRER MAC-GREGOR; M. ANTONIAZZI, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, (2010) 449-468; J. C. HITTERS, *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* in *Estudios Constitucionales*, 2 (2009) 109-128; J. C. HITTERS *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)* in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10 (2008).

<sup>35</sup> HERNÁNDEZ VALLE, *L’utilizzazione*, cit. 86.

<sup>36</sup> La Convenzione Americana dei diritti umani all’ art 62.1 infatti afferma che «Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la

propria competenza d'interpretazione e applicazione della Convenzione, a partire dal “voto razonado” del giudice Sergio García Ramirez nel caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” del 25 novembre del 2003, comprende la possibilità di esercitare un “control de convencionalidad”<sup>37</sup> sulle norme dell'ordinamento interno rispetto alla Convenzione, allo scopo di tutelare i diritti consacrati in questa, a fronte delle violazioni perpetrate dagli Stati. La Corte definirà successivamente tale concetto e, nell'ambito della propria giurisprudenza contenziosa, nel caso “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>38</sup> del 2006, ha affermato che anche il giudice interno ha l'obbligo di operare una specie di “controllo di convenzionalità” essendo i giudici, oltre che alla legge, in virtù dell'adesione dello Stato alla Convenzione, soggetti anche a quest'ultima e ciò «comporta che questi debbano assicurare che gli effetti delle disposizioni della Convenzione non siano compromessi dall'applicazione di leggi nazionali che si pongano in contrasto con l'oggetto e il fine della Convenzione», pertanto «tali norme, fin dall'inizio, devono essere considerate come prive di effetto giuridico». Successivamente la Corte ha significativamente affermato che «nell'assolvere tale compito, i giudici, devono tenere in considerazione non solamente il Trattato, ma anche l'interpretazione che di questo ha fatto la Corte Interamericana, essendo questa l'interprete ultimo della Convenzione»<sup>39</sup>. Attraverso tali pronunce, la Corte Interamericana si trova a sviluppare ed ampliare, non senza contraddizioni<sup>40</sup>, l'idea del controllo di convenzionalità e attribuisce anche ai tribunali interni una analoga competenza, facendo in tal modo svanire la componente esclusivamente internazionale di tale controllo<sup>41</sup>. Si consideri come esempio, il caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, nel risolvere il quale, la Corte sembra sottolineare che il controllo di convenzionalità può essere compiuto dalle autorità giurisdizionali interne *ex officio*<sup>42</sup>. Successivamente la Corte associò tale controllo alla necessità che il giudice interno assicuri l'effetto

---

Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención» e al paragrafo 3 dell'articolo 62 afferma che «La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial».

<sup>37</sup> V. Corte IDU, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramirez, sent. 25-11-2003, § 27.

<sup>38</sup> V. CIDU *Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. sent. 26-11-2006.

<sup>39</sup> V. Corte IDU, caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Costas*, sent. del 26-11-2006, § 124. Negli stessi termini, si veda anche il Caso *la Canuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, CIDU, sent. 29-11-2006, §173.

<sup>40</sup> Per un'analisi di tale evoluzione, e le sue contraddizioni interne, si veda K CASTILLA, *El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de La Sentencia del Caso Radilla Pacheco in Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI (2011) 593-624.

<sup>41</sup> V. GALINDO, *El valor*, cit. 261.

<sup>42</sup> Secondo la Corte dunque «Los òrganos del Poder Judicial deben ejercer no sòlo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». V. CIDU, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. 24 novembre 2006.

utile della Convenzione,<sup>43</sup> e nel caso “Gomes Lund vs. Brasil”<sup>44</sup> ne affermò chiaramente il carattere obbligatorio e non meramente facoltativo, gravante sull’autorità giurisdizionale interna.

Dalla giurisprudenza della Corte, specialmente negli ultimi tempi, è emersa quindi l’idea della sussistenza di un vero e proprio obbligo, per tutte le autorità giurisdizionali interne, di considerare, non solo il testo della Convenzione, ma anche la giurisprudenza della CIDU nell’esercizio del controllo di convenzionalità, sia nella sua dimensione internazionale che in quella interna<sup>45</sup>.

Gli standard internazionali di tutela dei diritti umani stabiliti dalla giurisprudenza della Corte devono essere considerati sia come criteri interpretativi, utili ai giudici nazionali per la risoluzione delle controversie interne, sia come parametro di validità delle norme nazionali<sup>46</sup>. Tale parametro di validità, secondo la giurisprudenza della Corte, si imporrebbe anche nei confronti di norme costituzionali, laddove queste determinino una violazione dei diritti fondamentali dell’uomo che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare<sup>47</sup>.

Dall’idea che esiste un obbligo del giudice di effettuare il controllo di convenzionalità, discendono diverse implicazioni, tra cui la problematica configurazione di tale controllo come un’obbligazione giuridica internazionale<sup>48</sup>; l’esistenza di tale obbligazione presupporrebbe la superiorità gerarchica delle decisioni di un tribunale sovranazionale rispetto alle norme giuridiche interne, in alcuni casi anche quelle costituzionali. In mancanza di una espressa previsione della Convenzione in tal senso la posizione gerarchica che i Trattati internazionali assumono nell’ordinamento interno, pare essere una valutazione di esclusiva competenza degli ordinamenti nazionali<sup>49</sup>.

Il secondo profilo problematico riguarda l’individuazione dei soggetti che sono tenuti ad effettuare il controllo di convenzionalità; ci si è chiesti, infatti, se tale competenza appartenga esclusivamente alla Corte Interamericana (configurandosi in quest’ipotesi un controllo di tipo accentrato), oppure anche tribunali nazionali (configurandosi, in tal caso, un controllo di tipo diffuso)<sup>50</sup>.

Nelle prime sue pronunce sul tema, la Corte sembrava aver accolto l’ipotesi del controllo accentrato, avendo affermato che i tribunali nazionali debbano svolgere “una sorta di” controllo di

<sup>43</sup> V. CIDU, *Heliodoro Portugal vs. Panama*, 12-8-2008.

<sup>44</sup> CIDU, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, 24-11-2010, § 176.

<sup>45</sup> V. CIDU, *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala*, sent. 4-11-2012, §262 in cui la Corte afferma «che in tale compito di effettuare il controllo di convenzionalità, i giudici e gli organi che si occupano dell’amministrazione della giustizia, come il “ministerio publico”, devono tenere in considerazione non soltanto la Convenzione Americana e gli strumenti interamericani, ma anche l’interpretazione che di questi ha fatto la Corte Interamericana».

<sup>46</sup> Cfr. LANDA, *Gli standard*, cit. 9.

<sup>47</sup> A titolo esemplificativo v. *Caso Barrios Altos vs. Perù*, in cui la Corte dichiarò prive di qualsiasi effetto giuridico le leggi di amnistia. V. altresì il caso *L’ultima tentazione di Cristo (Olmedo vs. Chile)* nel quale la Corte interamericana, avendo ritenuto che l’applicazione dell’art 19 della Costituzione del Cile, che ammetteva in alcuni casi l’istituto della censura, violava il diritto di manifestazione del pensiero garantito dalla Convenzione, dispose la modifica della Costituzione cilena al fine di rimuovere la lesione di tale diritto.

<sup>48</sup> Cfr. GALINDO, *El valor*, cit. 273.

<sup>49</sup> Cfr. X. FUENTES TORRIJO, *International and domestic Law: definitely and odd couple*, in *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico*, 2 (2008) 488-492.

<sup>50</sup> GALINDO, *El valor*, cit., 262

convenzionalità, e non il controllo vero e proprio, che sembrava dunque, essere riservato esclusivamente alla Corte stessa. Nella giurisprudenza più recente, tale differenziazione sembra però venir meno e sembra ormai consolidato l'orientamento per il quale il controllo effettuato dai giudici e quello svolto dalla Corte abbiano lo stesso oggetto. Uno degli aspetti forse più interessanti della giurisprudenza della Corte Interamericana, anche nell'ottica di un raffronto con la sua omologa europea, è che il controllo di convenzionalità, elaborato dalla giurisprudenza della Corte IDU, viene esercitato, ormai con crescente frequenza, anche dai dei giudici comuni al fine di dichiarare la contrarietà a Convenzione delle leggi interne<sup>51</sup>.

La configurazione di controllo di tipo diffuso potrebbe manifestare profili di criticità nel caso in cui si verificasse una divergenza tra le norme costituzionali degli ordinamenti interni e le norme della Convenzione (o dell'interpretazione che di queste, rispettivamente, è stata fatta dalle Corti): i giudici nazionali, essendo obbligati da entrambi gli ordinamenti (quello interno e quello internazionale), potrebbero dare prevalenza alle prime mostrando una "fedeltà" maggiore alla Costituzione che alla Convenzione (o viceversa)<sup>52</sup>.

Inoltre, l'idea che il giudice del tribunale interno, nell'esercizio del controllo di convenzionalità, debba tenere in conto l'interpretazione data dalla Corte IDU, mette in evidenza la difficile questione degli effetti *erga omnes* delle sentenze della Corte.

Infatti, come precedentemente ricordato, pur in assenza di un riferimento normativo nella Convenzione, la Corte sembra affermare, anche se il linguaggio non è dei più chiari, che gli effetti delle sue decisioni si estendono a tutti gli Stati che hanno accettato la sua giurisdizione, a prescindere dalla circostanza che essi abbiano preso parte o meno alla risoluzione del caso concreto a cui la decisione si riferisce. In tal modo il controllo di convenzionalità, oltre alla sua funzione principale che è stata sempre considerata quella di garantire la prevalenza della Convenzione sulle disposizioni interne, adempirebbe ad un'altra funzione strumentale della Corte IDU che, attraverso l'applicazione dei suoi precedenti giurisprudenziali da parte delle autorità nazionali nell'esercizio

---

<sup>51</sup> A tal proposito pare utile ricordare l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale argentina che ha dichiarato incostituzionali le c.d. leggi di "punto finale" e di "ubbidienza dovuta" (e privato di ogni effetto giuridico ogni atto fondato sulle stesse) sulla base dell'argomentazione che «ogni regolazione di diritto interno la quale, invocando ragioni di "pacificazione", disponga il conferimento di qualunque forma di amnistia che lasci impunte violazioni gravi ai diritti umani perpetrate dal regime, è contraria a chiare ed obbligatorie disposizioni di diritto internazionale». Infatti, prosegue la Corte, «quando uno Stato ha ratificato un trattato internazionale come la Convenzione interamericana, i suoi giudici, in quanto parte dell'apparato dello Stato, sono sottomessi anche a essa e costretti a far sì che gli effetti delle disposizioni della Convenzione non vengano diminuiti dall'applicazione di leggi contrarie al loro oggetto e finalità». V. G. ROLLA, *L'influenza delle Carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale in Politica del diritto* 2-3 (2012) 191. Si veda anche HERNANDEZ VALLE, *L'utilizzazione*, cit. 77 ss.

<sup>52</sup> GALINDO, *El valor*, cit. 264. Il quale osserva che per tale motivo parte della dottrina cerca di recuperare il senso sviluppato nei primi casi della giurisprudenza della Corte per affermare che il compito dei giudici sarebbe quello di effettuare una sorta di controllo di convenzionalità che praticamente rappresenterebbe un'interpretazione convenzionalmente orientata. Cfr. inoltre, K. CASTILLA, *El control de convencionalidad: un nuevo debate en Mexico a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco in Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, (2011), 593-624.

della funzione giurisdizionale, tenderebbe a realizzare una *vis expansiva* della tutela dei diritti umani<sup>53</sup>.

Tali implicazioni, soprattutto quella riguardante gli effetti *erga omnes* delle sentenze della Corte, comportano numerosi problemi in relazione ad alcune decisioni di tribunali interni. Se, infatti, l'affermazione del controllo di convenzionalità è stato uno strumento di vitale importanza nell'affermazione e nello sviluppo di un "dialogo tra giurisdizioni" che, in un continente come quello sudamericano, è fondamentale nella creazione di uno *ius commune* latino, d'altro lato ha rivelato essere pure fonte di tensione tra le giurisdizioni.

Nelle pagine che seguono dunque, con l'intento di esaminare la posizione del Supremo Tribunale Federale, si farà riferimento specificamente all'ordinamento brasiliano.

### **3.- La tutela dei diritti umani nella Costituzione brasiliana del 1988 e la giurisprudenza del STF.**

Il tema della tutela dei diritti umani è molto presente nella maggior parte della Costituzioni dell'America Latina. Infatti dalle Costituzioni più recenti di alcuni paesi sudamericani sembra emergere un nuovo atteggiamento di fronte alla classica problematica della gerarchia dei trattati internazionali sui diritti umani<sup>54</sup>; è il caso, tra tanti, della Costituzione del Perù del 1978<sup>55</sup>, della Costituzione argentina dopo la riforma dell'agosto del 1994<sup>56</sup>, e della Costituzione del Cile dopo la riforma del 1989<sup>57</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento brasiliano da un punto di vista generale si può dire che dal

---

<sup>53</sup> Cfr. LANDA, *Gli standard*, cit. 9, secondo il quale la Corte arriverebbe a ciò «attraverso l'applicazione dei precedenti giurisprudenziali da parte delle autorità nazionali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale». In tal senso la Corte IDU nel "Caso Barrios Alto vs. Perù" ha disposto la privazione degli effetti giuridici delle leggi di amnistia, ha inoltre stabilito, come già rilevato precedentemente, nel "Caso Olmedo vs. Cile", che una norma della Costituzione incompatibile con la CADU dovesse essere modificata implicitamente. Ancora nel "Caso Boyce vs. Barbados", ha espressamente statuito che una norma costituzionale incompatibile o non conforme a CADU doveva essere eliminata dall'ordinamento.

<sup>54</sup> V. A. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 1997, Brasil, 404.

<sup>55</sup> Il cui articolo 105 determinava che le disposizioni contenute nei Trattati di diritti umani avessero valore di disposizioni costituzionali e che quindi potessero essere modificati soltanto attraverso un procedimento di revisione costituzionale, sfortunatamente questa disposizione non è stata reiterata negli stessi termini nell'attuale Costituzione peruviana del 1993 che invece si limita a stabilire che i diritti costituzionalmente riconosciuti devono essere interpretati conformemente alla dichiarazione universale dei diritti umani e ai trattati dei diritti umani ratificati dal Perù, v. A. CANÇADO TRINDADE, *Tratado*, cit.

<sup>56</sup> L'art. 75 della Costituzione argentina del 1994 al comma 22, afferma infatti che le disposizioni dei trattati e degli altri strumenti di diritti umani, di cui viene fatta un'elencazione che però è considerata non esaustiva, hanno gerarchia costituzionale e dunque possono essere denunciati dal potere esecutivo nazionale solo con la previa autorizzazione ottenuta con il voto favorevole di almeno due terzi dei membri di entrambe le Camere. Si veda. A. E DULITZKY, *Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano*, in *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, vol I, San José de Costa Rica, 1996, 155.

<sup>57</sup> Dopo la riforma costituzionale del 1989 venne aggiunta all'articolo 5 la seguente disposizione «è dovere degli organi dello Stato rispettare e promuovere tali diritti, garantiti da questa Costituzione, così come dai Trattati internazionali ratificati dal Cile che sono vigenti», v. A. CANÇADO TRINDADE, *Tratado*, cit, p. 407.

momento della sua indipendenza nel 1822, lo Stato Brasiliano si è mosso attivamente nella costruzione e nel rispetto delle norme del diritto internazionale.<sup>58</sup>

Ma il punto di partenza indispensabile per affrontare la questione della tutela dei diritti umani nell'ordinamento brasiliano è la Costituzione del 1988 che viene considerata “una pietra miliare” nella storia del paese<sup>59</sup>, in quanto, dopo la fine del periodo dittatoriale il Brasile, attraverso la Costituzione, sembra muoversi verso un nuovo ordine giuridico-sociale, caratterizzato da un processo di re-democratizzazione e istituzionalizzazione dei diritti umani<sup>60</sup>. La Costituzione del 1988<sup>61</sup> contiene molte disposizioni che manifestano il nuovo atteggiarsi del Brasile rispetto alla tutela dei diritti umani, e per questo è stata anche considerata come «il documento più completo e dettagliato riguardante i diritti umani, che sia mai stato visto in Brasile»<sup>62</sup>. La Costituzione del 1988, che segna il ritorno della democrazia dopo la dittatura, garantisce, all'art 5, paragrafo 2, il rispetto dei diritti e delle garanzie provenienti dai trattati internazionali di cui la Repubblica brasiliana è parte<sup>63</sup>. Nella sua formulazione originaria, se da un lato riconosceva la vigenza dei trattati internazionali, dall'altro non chiariva, in alcuna delle sue disposizioni, quale fosse la gerarchia esistente tra le leggi nazionali e i trattati ai quali il Brasile aderisce, lasciando il compito di individuare tali relazioni alla dottrina e alla giurisprudenza<sup>64</sup>.

Lo scenario è radicalmente cambiato dopo la riforma Costituzionale del 2004, che ha creato una differenziazione nella gerarchia delle norme contenute nei trattati internazionali a seconda dell'oggetto di questi ultimi: i trattati che tutelano diritti umani, come la CIDU, sembrano avere infatti un valore superiore rispetto agli altri trattati.

Il dibattito dottrinario circa la gerarchia dei trattati internazionali “comuni” è stato complesso e

<sup>58</sup> Cfr. G. BANDEIRA GALINDO; A. MAUÉS, *El Caso Brasileño in Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit. 343 ss. I quali affermano che, nonostante vi siano stati episodi in cui le azioni dei governi si siano poste in maniera trasversale all'applicazione del diritto internazionale, è importante sottolineare come, da un punto di vista generale, il discorso della legalità abbia giocato un ruolo fondamentale nell'azione della diplomazia brasiliana, fin dal momento delle sue origini. (Aunque en diferentes momentos las acciones gubernamentales se hayan posicionado frontalmente contra el derecho internacional, es importante resaltar que, en general, el discurso de la legalidad ha cumplido un papel fundamental en la conducción de la diplomacia brasileña desde sus orígenes).

<sup>59</sup> V. P. R. FEIKE, *O controle de Convencionalidade e a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal*, in *Revista do departamento de ciencias jurídicas e sociais da Unijui*, 147-186

<sup>60</sup> Cfr. FEIKE, *O controle*, cit. 157.

<sup>61</sup> La costituzione brasiliana del 1988 si pone in una relazione significativa rispetto alla difesa dei diritti umani. Prima di tale Costituzione infatti, il Brasile viveva sotto un regime autoritario comandato da un gruppo di militari fino a quando, a seguito di manifestazioni popolari di strada chiamate “Diretas já”, nacque un movimento costituente. In tale contesto tutte le speranze democratiche, furono poste nel nuovo testo costituzionale che, animato dalla paura di un ritorno al sistema precedente, rinforzò il patto costituzionale. Il popolo brasiliano aveva bisogno di garanzie esplicite e chiare e ciò si può notare dalla struttura ripetitiva di alcune disposizioni costituzionali. V. L. ARAUJO, *O papel do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos fundamentais e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (2014).

<sup>62</sup> F. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ed. XI, San Paolo, 2010, 24 «O documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais visto no Brasil».

<sup>63</sup> V. art 5, paragrafo 2 della CRFB, «Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte».

<sup>64</sup> Cfr. FEILKE, *O controle*, cit. 155.

ancor oggi vi sono delle divergenze.

La giurisprudenza del STF dal canto suo, sembra però aver chiaramente affermato che i trattati internazionali ratificati dal Brasile abbiano *status* di legge ordinaria<sup>65</sup>. In questo modo, il potere dello stato brasiliano di concludere trattati è subordinato alla Costituzione della Repubblica<sup>66</sup> e quindi «nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política»<sup>67</sup>. In tal modo la Costituzione viene a configurare un limite materiale ai trattati internazionali firmati dal Brasile sebbene ciò si possa porre in contrasto con i principi del Diritto Internazionale Pubblico<sup>68</sup>.

Per quanto riguarda invece i trattati internazionali riguardanti diritti umani, prima dell'emendamento costituzionale del 2004, in ambito dottrinario, potevano identificarsi tre posizioni che consideravano i trattati internazionali come aventi, rispettivamente, rango supra-costituzionale<sup>69</sup>, rango costituzionale<sup>70</sup> e infine mero rango di legislazione ordinaria.<sup>71</sup> La *Emenda Constitucional* n. 45 del 2004 ha portato importanti innovazioni alla formulazione originaria dell'art. 5 CRFB., inserendo il paragrafo 3 per cui «i Trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani che sono stati approvati in ogni *Casa* del *Congresso Nacional*, in due turni, da tre quinti dei voti dei rispettivi membri, saranno equivalenti agli emendamenti costituzionali». Nel quadro dunque dell'integrazione delle norme di diritto internazionale con la Costituzione del 1988, i paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5, dopo il 2004, elevano i trattati sui diritti umani ad una posizione gerarchica superiore rispetto agli altri trattati internazionali<sup>72</sup>; ciò sicuramente contribuisce a chiarire il ruolo paradigmatico che i diritti umani assumono nella configurazione della Costituzione brasiliana, in quanto la loro tutela deve essere considerata un obiettivo e una prerogativa

<sup>65</sup> V. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 5-9-1995, n. 1347, per cui «os tratados concluídos pelo estado federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais». V. anche Supremo Tribunal Federal. DF, 28-11-1996, n. 662, in cui viene affermato che «A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil».

<sup>66</sup> Cfr. FEILKE, *O controle*, cit. 157.

<sup>67</sup> Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Mandado de Injunção, Relator: DF, 24-10-2007 n. 772.

<sup>68</sup> Cfr. FEILKE, *O controle* cit. 157-158 V. anche art 27 della Convenzione di Vienna il quale stabilisce che «una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato».

<sup>69</sup> Da questo punto di vista i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione del 1988 possono essere classificati in tre categorie: i diritti sanciti nella Costituzione, i diritti impliciti che derivano dal regime e dai principi adottati dalla “Le Maor” e i diritti che trovano menzione nei trattati internazionali a cui il Brasile ha aderito. Così il riferimento della Costituzione ai diritti che derivano dai Trattati internazionali a cui il Brasile ha aderito conferiscono una “gerarchia speciale e differente” di livello costituzionale. Si veda sul punto F. PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, 1997, 89.

<sup>70</sup> Cfr. L. A. ARAUJO; N. J. SERRANO, *Curso de Direito Constitucional*, II ed., São Paul, 1999, 144-145.

<sup>71</sup> Secondo questa impostazione, la clausola del Paragrafo 2 dell'art 5 si limita a riconoscere l'incorporazione dei diritti sanciti nei trattati internazionali nel diritto interno. Tra i principali argomenti a favore di questa tesi si ricorda la soggezione dei trattati internazionali al controllo di costituzionalità sia accentrato che diffuso, oltre al fatto che i trattati sono approvati dal Congresso Nacional con la stessa maggioranza necessaria per l'approvazione delle leggi ordinarie.

<sup>72</sup> V. F. PIOVESAN, *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições* in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 19 (2012). 86 ss. «o artigo 5 parágrafo 2 e 3 da Carta Brasileira incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos».



costituzionale di primaria importanza nell'ordinamento brasiliano.

L'innovazione apportata da questo emendamento costituzionale però, ha provocato numerosi problemi interpretativi, essendo stata ritenuta dalla dottrina come una formulazione poco chiara,<sup>73</sup> avendo essa introdotto un rito speciale, uguale a quello necessario per la revisione della Costituzione, e non stabilendo quale rango giuridico debbano avere quei trattati sui diritti umani che, ratificati prima del 2004, non sono stati approvati attraverso il suddetto procedimento legislativo<sup>74</sup>.

Nel chiarire la portata normativa di questa innovazione, il Supremo Tribunale Federale, che nella sua giurisprudenza precedente si era mostrato refrattario a stabilire la prevalenza dei trattati internazionali riguardanti i diritti umani rispetto alle disposizioni normative interne, dopo tale modifica, ha cambiato nettamente posizione. I fondamenti di tale “revirement”<sup>75</sup> emergono chiaramente dal voto del Giudice Gilmar Mendes il quale afferma che l'inclusione del terzo paragrafo nell'art 5 ha sottolineato il carattere speciale dei trattati sui diritti umani in relazione agli altri Trattati multilaterali tra gli stati, conferendo ai primi un valore privilegiato nell'ordinamento giuridico<sup>76</sup>. Nello stesso senso il Giudice Celso Mello affermava che l'emendamento «ha introdotto un dato giuridicamente rilevante, idoneo a effettuare una rielaborazione da parte di questa Corte

---

<sup>73</sup> Tale modifica infatti viene vista con occhi critici essendo accusata di aver confuso ancora di più la classificazione gerarchica dei trattati sui diritti umani. Sembra crearsi un intricato quadro in cui si manifestano tre tipi di rapporti gerarchici tra norme di diritto internazionale e diritto interno: quella intercorrente tra norme internazionali che non riguardano i diritti umani, le norme internazionali inerenti ai diritti umani ratificati dallo Stato brasiliano non attraverso la procedura del paragrafo 3 dell'articolo 5 della CF, e infine i trattati internazionali sui diritti umani che sono stati approvati attraverso la disciplina prevista da questa disposizione. V., tra tanti, F. PIOVESAN, *Direito Internacional do Direitos Humanos e Lei de Amistia: o caso brasileiro in Rev. Anistia Política e justiça transição/Ministerio da Justiça*, 2 (2009) 176 ss. la quale considera che dall'interpretazione a contrario del paragrafo 3 dell'art 5, discenderebbe l'inclusione dei diritti enunciati nei Trattati internazionali di cui il Brasile fa parte nel catalogo dei diritti protetti dalla Costituzione brasiliana. In tal modo la Costituzione attribuirebbe ai diritti umani consacrati nei trattati internazionali «una natura speciale e diversa, qual è quella delle norme costituzionali». In tal modo i Trattati internazionali sui diritti umani a causa del loro contenuto normativo avrebbero «natura materialmente costituzionale». Di tale parere anche V. MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, II ed., San Paolo, 2011, il quale interpreta il secondo paragrafo dell'articolo 5 CRFB nel senso che i diritti e le garanzie, relative ai diritti umani, che sono menzionati in Trattati ratificati dal Brasile vengono inclusi in quello che viene chiamato “bloco de constitucionalidade”, indipendentemente dal procedimento previsto dal paragrafo 3 dell'art. 5. In tal modo la Costituzione accetterebbe quindi una «duplice fonte normativa» nel sistema dei diritti e delle garanzie in quanto nel diritto interno tale fonte si rinverrebbe nei diritti implicitamente e esplicitamente presenti nel testo costituzionale e, l'altra, sarebbe rappresentata dai Trattati internazionali di diritti umani ratificati dal Brasile. («os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, è porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentis passam a assegurar outros direitos e garantia, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”».)

<sup>74</sup> Cfr. inoltre MAZZUOLI, *O controle* cit., secondo il quale tale emendamento costituzionale non prese in considerazione la dottrina e la giurisprudenza costituzionale che si erano occupate del tema, contribuendo a una crescita dell'incertezza relativa alla problematica dello *status* delle norme internazionali ratificate dal Brasile riguardanti i diritti umani.

<sup>75</sup> Decisione del 3-12-2008, Recurso Extraordinario n. 466.343. Cfr. F. PIOVESAN, *Direitos*, cit. 87, la quale definisce tale decisione come una, decisione paradigmatica che ha avuto un forte impatto sulla giurisprudenza nazionale, al fine di assicurare ai trattati sui diritti umani un regime giuridico privilegiato nel sistema giuridico brasiliano, provocando l'avvento del controllo di convenzionalità delle leggi.

<sup>76</sup> Il paragrafo 3° del art. 5° «acabó por resaltar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados de reciprocidad entre los Estados pactantes, confiriéndoles un lugar privilegiado en el ordenamento jurídico».

della sua visione sul tema della posizione giuridica che i trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani assumono nell'ordinamento positivo interno brasiliano». Se da un lato quindi, tutti i Giudici condividevano l'idea secondo la quale il STF avrebbe dovuto riconoscere un rango superiore alle norme di diritto internazionale riguardanti i diritti umani, rimaneva la questione di stabilire quale fosse il loro rango<sup>77</sup>. La tesi maggioritaria accolta dal STF, stabilì che tali trattati non approvati secondo il procedimento previsto dal paragrafo 3 dell'art. 5, avessero *ipso facto* rango superiore alle leggi ordinarie<sup>78</sup>.

La conseguenza di tale orientamento è che dunque il STF, nel riconoscere il carattere sopra legale dei Trattati internazionali, considera questi ultimi, anche quelli riguardanti i diritti umani, sottoposti al controllo di costituzionalità.

Se non vi sono dubbi, quindi, secondo l'impostazione assunta dal STF, sebbene non condivisa in toto dalla dottrina<sup>79</sup>, in ordine alla soggezione al controllo di costituzionalità dei Trattati internazionali sui diritti umani ratificati prima del 2004 e non approvati secondo il procedimento previsto dal paragrafo 3 dell'art 5, la giurisprudenza del STF invece non è stata assolutamente chiara nello stabilire se a tale controllo debbano essere sottoposti anche i trattati internazionali approvati con tale procedimento che, giova ricordarlo, è lo stesso previsto per gli emendamenti costituzionali<sup>80</sup>. La tesi affermativa sembrerebbe imporsi sicuramente riguardo al controllo di costituzionalità tra tali Trattati e le “cláusulas pétreas”<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. GALINDO; MAUÉS, *El caso*, cit. 355; Una tesi minoritaria, rappresentata dal voto del min Celso de Mello, affermava che i trattati internazionali riguardanti i diritti umani dovessero avere rango «materialmente costituzionale» e quindi comporterebbero “el bloque de constitucionalidad” anche quando siano stati approvati prima del 2004. Secondo tale impostazione quindi il párrafo 3 dell art. 5, attribuendo un rango costituzionale ai trattati approvati secondo la procedura da questo delineata, non avrebbe ritirato le gerarchia costituzionale materiale dei trattati ratificati anteriormente che è riconosciuta in base al dovere dello Stato di «respetar y promover la efectividad de los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, en orden a permitir la práctica de un constitucionalismo abierto al proceso de creciente internacionalización de los derechos básicos de la persona humana ». In questa maniera il paragrafo 3 avrebbe rafforzato la costituzionalizzazione dei trattati di diritti umani, tutte le volte che non sarebbe ragionevole porre a diversi livelli gerarchici trattati sulla stessa materia.

<sup>78</sup> *Id.*, *El caso*, cit. 355-356 per i quali, tale tesi si basava su tre ragioni fondamentali. Innanzitutto, si mostrava idonea ad assicurare la supremazia formale e materiale della Costituzione su tutto l'ordinamento giuridico, che si sostanzia nella possibilità di sottoporre ad un controllo di costituzionalità anche tali Trattati. In secondo luogo si eviterebbe il rischio che, un ampliamento dell'espressione “diritti umani”, comporterebbe un'eccessiva produzione normativa che sfuggirebbe al controllo di compatibilità con l'ordine costituzionale interno. Infine sulla considerazione che l'inclusione del paragrafo 3 dell'art 5 comporta che i Trattati internazionali conclusi prima di questo emendamento non possono essere considerati aventi lo stesso rango di norme costituzionali.

<sup>79</sup> V. D. VENTURA, *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional* in *Rev. Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, Brasília, 4 (2010) 204, la quale rileva come la posizione del STF finisce con applicare «il diritto internazionale in maniera errata» e accusa, tale posizione, di essere la manifestazione di un «provincialismo giuridico», non tenendo, questa, in considerazione i grandi passi avanti fatti dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionale in ambito di diritti umani.

<sup>80</sup> Di fatto fino al momento presente 2013, solo un Trattato internazionale è stato costituzionalizzato secondo la procedura prevista da tale articolo. Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite sulle persone disabili e il protocollo facoltativo. (Decreto n° 6.949/2009).

<sup>81</sup> Le “Cláusulas pétreas” sono inserite al paragrafo 4 dell'art 60 della Costituzione Brasiliana. Tale articolo stabilisce che non vi possono essere emendamenti costituzionali soppressivi di quanto indicato in tale articolo. Sono state definite come una protezione che i Costituenti hanno inserito nel testo originario della Costituzione al fine di creare dei limiti

Nell'ordinamento brasiliano il STF ha il compito di controllare la conformità anche degli emendamenti costituzionali alle cosiddette “cláusulas pétreas” ovvero quelle disposizioni che, previste dall'art 6.4 della Costituzione, sarebbero imm modificabili anche a fronte del potere di revisione costituzionale. La Costituzione, dunque, identifica un nucleo duro di norme che avrebbero una diversa resistenza giuridica rispetto alle altre e, tra queste, rientrano i diritti e le garanzie fondamentali che sono infatti elencati tra le “cláusulas pétreas”<sup>82</sup>.

Viene dunque ad affermarsi astrattamente la possibilità di un controllo di costituzionalità su Trattati internazionali in tema diritti umani, sicuramente quelli non approvati secondo il procedimento del 3.5, e viene da chiedersi quindi quali siano gli scenari che potrebbero scaturire da un tale controllo.

Naturalmente va rilevato come un contrasto tra le previsioni dei Trattati, specie quelli che tutelano diritti umani, e la Costituzione sia difficilmente ipotizzabile ma, come mostra anche l'esperienza europea, non impossibile, soprattutto alla luce della tendenza espansiva della giurisprudenza della Corte Interamericana. Non di rado, infatti, le interpretazioni date dai Tribunali supremi nazionali, aventi ad oggetto anche le stesse norme, possono di fatto divergere da quella della CIDU; una divergenza tra il STF e la Corte Interamericana concretamente si è avuta recentemente e ha riguardato la compatibilità della legge brasiliana sull'amnistia con il testo della Convenzione.

È stato osservato dalla dottrina come tale questione potrebbe comportare che i tribunali siano tenuti ad applicare la Costituzione e non la Convenzione, potendo ciò portare alla dichiarazione d'incostituzionalità di quest'ultima<sup>83</sup>. La Convenzione Interamericana dei diritti umani è un trattato internazionale riguardante i diritti umani entrato in vigore prima del 2004 e quindi non è stato sottoposto al procedimento previsto dal paragrafo 3.

Il Brasile ha aderito alla Convenzione Interamericana dei Diritti umani attraverso il decreto n. 678 e ha riconosciuto la giurisdizione obbligatoria della Corte il 10 dicembre del 1998; accettando in tale data la giurisdizione contenziosa, dunque, ha accettato di essere processato e condannato nel caso in cui ad opera di un'attività statale vengano violati i diritti stabiliti nella Convenzione. Sembra quindi

---

alla modifica di quest'ultima. Sono considerate talmente rigide che solamente una rottura totale della Costituzione potrebbe rendere possibile la loro alterazione o modificazione. Sono sia clausole esplicite, come quelle inserite nel paragrafo 4 dell'art. 60, sia la dottrina riconosce la sussistenza di due clausole implicite: lo stesso articolo 60 e la previsione della titolarità del potere costituente al popolo. Le clausole implicite sono considerate ancora più rigide di quelle esplicite, dal momento che su queste non potrebbe incidere nessun tipo di emendamento costituzionale. Cfr S. MOTTA; W. DOUGLAS, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro 2004, 54 ss.

<sup>82</sup> V. Cfr. GALINDO, MAUÉS, *El caso*, cit. 358.

<sup>83</sup> Cfr. Id, *El Caso*, cit. 350 I quali portano come esempio la recente divergenza avvenuta tra il STF e la Corte interamericana, riguardo la conformità della legge di amnistia alla Costituzione e alla Convenzione. Tale contrasto infatti potrebbe portare i tribunali brasiliani ad affermare la prevalenza della Costituzione e dichiarare l'incostituzionalità del Trattato. (La reciente divergencia entre el STF y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la adecuación de la ley brasileña de amnistía a la Constitución Brasileña y a la Convención Americana puede tener como consecuencia el que los tribunales brasileños prioricen la constitución nacional en detrimento del tratado internacional, pudiendo esto acarrear la declaración de inconstitucionalidad de este último). Per un'analisi su questa rilevante questione, si veda anche R. JORGE SILVERA, *Il labirinto penale e il caso brasiliano: la tensione tra il sistema nazionale e il sistema internazionale di tutela dei diritti umani* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (2013).

implicita nel sistema la possibilità di una divergenza tra l'impostazione della Corte Interamericana e quella del STF.

Come infatti rilevato, da un lato il STF afferma la superiorità della Costituzione alla Convenzione e specularmente la Corte, nella sua giurisprudenza precedentemente richiamata, ha affermato come anche le norme costituzionali possano essere sottoposte ad un controllo di convenzionalità, mettendo dunque in dubbio la superiorità di queste nel sistema delle fonti. Inoltre in alcune ipotesi, su cui si porrà ora l'attenzione, si è manifestata una riluttanza da parte del STF ad effettuare il controllo di convenzionalità ai fini di verificare il rispetto della Convenzione e della giurisprudenza della CIDU da parte di norme di rango legislativo. Rimane, quindi, da esaminare come si relazioni la giurisprudenza del STF con il parametro del controllo di convenzionalità delineato dalla giurisprudenza della Corte interamericana.

#### 4.- Il Supremo Tribunale Federale e la “negazione tacita” del controllo di convenzionalità.

Il STF sembra non aver assimilato la teoria del controllo di convenzionalità elaborata dalla giurisprudenza della Corte Interamericana di cui si è trattato precedentemente, nonostante questa venga ormai dalla stessa Corte considerata come una «realtà giuridica»<sup>84</sup>.

Dall'analisi di alcune pronunce del STF emerge infatti un atteggiamento silente e di negazione tacita del diritto internazionale scaturente dalla giurisprudenza della Corte<sup>85</sup>. La Costituzione brasiliana del 1988 prevede che la tutela del testo costituzionale spetti al STF la cui posizione in merito all'attività della CIDU è stata definita “privatistica”, “provinciale” e “erede giurisprudenziale di tempi dittatoriali”<sup>86</sup>.

Un esempio lampante di tale impostazione si è avuto con il giudizio ADPF 153 avente ad oggetto la cosiddetta Legge di Amnistia (Legge n. 6.683/79).<sup>87</sup>

Esula dallo scopo di tale lavoro un'analisi approfondita della questione, implicando questa

<sup>84</sup> V. FEILKE, *O controle*, cit. 147. Inoltre J. SALDANHA; R. DA CRUZ MELLO, *Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro* in *www.publicadireito.com* (2016) 18.

<sup>85</sup> PIOVESAN, *Direitos Humanos*, cit. 80 la quale, riportando uno studio di NESTOR P. SAGUES, classifica la situazione del controllo di convenzionalità nel sistema americano in quattro categorie: l'ammissione espressa (il caso dell'Argentina), ammissione tacita (il caso del Costa Rica, del Perù, del Cile e della Bolivia), il silenzio (in Messico, Costa Rica) e di negazione (come in Venezuela).

<sup>86</sup> Cfr. SALDANHA, DA CRUZ MELLO, *Internacionalização*, cit.

<sup>87</sup> Tale legge ebbe come scopo l'amnistia di tutti gli eventi che si sono verificati durante il Regime Militare successivamente al 1964. Sotto l'ambito di applicazione della legge, si prevede che fossero sottoposti anche gli episodi di quegli agenti dello stato che avrebbero praticato atti di forza contro i civili. Cfr. DE MELLO SILVEIRA, *Il labirinto*, cit. Numerose sono inoltre state le critiche che hanno riguardato la legittimità di una tale previsione, sia in termini di opportunità, apparendo la stessa come una sorta di auto-amnistia, sia riguardo la concreta applicabilità nel caso si fosse in presenza di crimini contro i diritti umani. Diversi dubbi dunque si sono generati circa la compatibilità di tale legge con il sistema legale. V. S. A. SOARES; L. B. B. PRADO, *O processo político da anistia e os espaços de autonomia militar*, in C. M. SANTOS; E. TELES; J. TELES (curr.), *Desarquivando a ditadura. Memória e justiça no Brasil*, vol 2, San Paolo, 2009, 353.

considerazioni di carattere penalistico che non troverebbero spazio in questa sede. Appare però opportuna una breve ricostruzione dei fatti che hanno portato ad una manifesta ed esplicita divergenza tra il STF e la CIDU.

Sia la giurisprudenza che la dottrina brasiliana hanno finito per interpretare estensivamente i reati rientranti nell'ambito di applicazione della legge di amnistia, inserendovi anche quelle situazioni definite come "crimini della dittatura".

Come è stato ricordato anche in precedenza, il Brasile è lungi dall'essere l'unico stato sud americano nella cui storia si sono susseguiti regimi dittatoriali e militari, ed è proprio dall'esperienza di altri paesi come Argentina<sup>88</sup>, Cile<sup>89</sup> e Uruguay<sup>90</sup>, che hanno vissuto periodi altrettanto tragici, che la questione della costituzionalità della legge di amnistia è stata portata all'attenzione del potere giudiziario. Nell'aprile 2010 il STF si è trovato a giudicare la legge di amnistia brasiliana, tramite l'azione di inadempimento del precetto fondamentale n. 153, ed ha confermato la conformità alla Costituzione di questa, sottraendo in tal modo tutti gli agenti del governo dell'epoca militare ai processi per i crimini da questi commessi<sup>91</sup>.

Il STF, in particolare, rileva come «la modifica della Legge di Amnistia, se il mutamento dei tempi e della società la imporranno, dovrà, o meno, essere effettuata dal potere legislativo, non dal potere giudiziario» e inoltre dà grande importanza anche alla costituzionalizzazione di tale legge all'interno della Carta del 1988, attraverso l'art. 4 comma 1 dell'emendamento costituzionale 26/85. La Corte IDU a non molti mesi di distanza dalla presa di posizione del STF, il 24 novembre 2010, nella sentenza sul caso *Gomes Lund e outros vs Brasil*, caso anche noto come "Guerrilha do Araguaia", accertò la responsabilità patrimoniale dello Stato brasiliano in ragione dei delitti di sparizione forzata verificatisi durante il regime militare, riconoscendo (sulla scia anche di altre decisioni aventi ad oggetto le leggi di amnistia argentine, cilene e paraguaiane sopra ricordate) l'incompatibilità della legge di amnistia brasiliana con il Patto di San José<sup>92</sup>. La Corte inoltre ha rilevato come la decisione del STF, che ha dichiarato la costituzionalità della legge di amnistia, ha

<sup>88</sup> Si veda, C. J. CASCANO, *Limites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistia en Argentina*, in A. I. PEREZ CEPEDA, *El principio de justicia universal, fundamentos limites*, Valencia 2012, 523 ss.

<sup>89</sup> K. F. NEIRA, *La jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar*, in L. F. GOMES; V. MAZZUOLI, *Crimen da ditadura militar. Uma análise a la luz da jurisprudencia atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San Paolo, 2011.

<sup>90</sup> Cfr. G. ADRIASOLA, *El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia. Luces e sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales* in L. F. GOMES; V. MAZZUOLI, *Crimes*, cit., 277 ss.

<sup>91</sup> Cfr. SILVERA, *Il labirinto*, cit., 5-6 il quale, analizzando la pronuncia, rileva come il STF utilizzando la legge di amnistia definisce i confini dell'espressione crimine politico, ritenendo che all'interno di tale categoria dovessero essere ricompresi anche i crimini commessi dagli agenti dello Stato contro gli oppositori della dittatura militare. Il Tribunale arriva ad una simile conclusione attraverso un'interpretazione storica di quanto voluto dal legislatore al momento dell'emanazione di tale legge. La legge in questione viene infatti considerata dal STF come una legge-provvedimento strettamente legata alla necessità di favorire una transizione conciliata verso il nuovo sistema politico.

<sup>92</sup> Cfr. M. BRUM; M. MELLO; J. SALDANHA, *A assincronia do direito e o Caso Araguaia: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, ADPF153 e do Julgamento do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil pela Corte Interamericana de Derechos Humanos in Direitos Fundamentais e Espaço Público*, 2 (2015).

riguardato esclusivamente la conformità a Costituzione dell'interpretazione vivente che si era formata in ordine alla fattispecie del reato politico inclusa nell'ambito applicativo della legge. Al contrario, il STF non avrebbe minimamente preso in considerazione la questione della compatibilità delle disposizioni legislative con le fonti internazionali ratificate dal Brasile e in specie con la Convenzione Interamericana dei diritti umani e la precedente giurisprudenza della sua Corte.

Tuttavia il STF neppure a seguito della pronuncia della CIDU modificò la propria posizione e dunque non esercitò, nemmeno *a posteriori*, alcun tipo di controllo di convenzionalità tra la legge di amnistia e la Convenzione, ponendosi così, in una posizione trasversale rispetto alla giurisprudenza sul controllo di convenzionalità elaborata dalla CIDU, la quale riconosce nei tribunali interni i primi baluardi della tutela dei diritti sanciti nella Convenzione. Questo orientamento del STF è considerato emblematico della sua visione dualista dell'ordinamento giuridico brasiliano, non essendo state prese in considerazione, in alcuna maniera, le norme di diritto internazionale applicabili al caso concreto.

Nonostante questa divergenza, bisogna anche ricordare come il STF, pur qualificando i trattati internazionali come fonti sub costituzionali e dunque escludendone l'utilizzazione diretta come parametro per il controllo di costituzionalità, in altri casi abbia utilizzato i trattati sui diritti umani, e soprattutto la CIDU, per interpretare sia disposizioni di legge che costituzionali ai fini della loro compatibilità con tali strumenti internazionali. In tal senso il STF ha interpretato e applicato il principio della ragionevole durata del processo (art. 5°, LXXVIII in base all'art 7.5 e 7.6 della CIDU<sup>93</sup>), ha riconosciuto come mezzi idonei a garantire il contraddittorio le garanzie previste dall'art 8.2 di tale convenzione<sup>94</sup> e ha limitato la libertà di espressione e la libertà dell'esercizio professionale secondo l'art 13.1 della Convenzione e l'interpretazione che la Corte aveva dato a tale articolo nell'opinione consultiva n. 5 del 2009<sup>95</sup>.

Da quanto su esposto emerge, quindi, una non completa coerenza della posizione assunta dal STF in merito al controllo di convenzionalità richiesto dalla giurisprudenza della CIDU. Infatti, se in alcuni casi sono state utilizzate le pronunce della Corte internazionale al fine di un'interpretazione convenzionalmente orientata di alcune previsioni normative interne, manifestandosi in tale atteggiamento una apertura del Tribunale brasiliano, in altre controversie il STF sembra non sentirsi vincolato alla giurisprudenza della CIDU, non prendendo nemmeno in considerazione l'ipotesi del "controllo di convenzionalità" della normativa interna. Pertanto, sebbene in alcune situazioni il STF abbia cercato un dialogo con la CIDU, più evidenti e frequenti sono i casi in cui tale dialogo, pur

---

<sup>93</sup> Cf. STF, Pleno. Sent. 29-04-2005, 8523; STF. HC sent. 13-03-2009, 95464; STF. Sent. 20-11.-2009, 98878; STF, sent. 30-04-2010, 98579 e STF 14.04.2011, 103.546.

<sup>94</sup> Cf. STF sent. 09-03-2007, 88.359; STF, DJ del 23-02-2006, 86634, STF. 07.08.2009; STF sent. 25-04-2008, 92.569 e STF, Pleno, 23-10-2009.

<sup>95</sup> Cf. STF Pleno. 13-11-2009, 511.961

non trasformandosi in un aperto contrasto, è stato evitato o le pronunce della Corte ignorate e, complice di tale atteggiamento, è stato anche il silenzio del legislatore.

Secondo autorevole dottrina, «Il futuro del sistema internazionale di protezione dei diritti umani dipende dai meccanismi nazionali di ricezione»<sup>96</sup>; in Brasile, infatti, allo stato, non esiste nessuna norma di diritto interno che regoli espressamente la vincolatività delle sentenze della Corte Interamericana. Di conseguenza l'esecuzione delle sentenze della Corte che hanno condannato lo stato brasiliano si è basata su soluzioni e circostanze del caso concreto, e ciò ovviamente contribuisce a indebolire l'autorità delle decisioni internazionali e la prevedibilità della loro attuazione in ambito interno<sup>97</sup>.

### 5.- Brevi riflessioni conclusive.

Se il continente sudamericano sembra, dunque, viaggiare verso la creazione di un sistema multilivello di tutela dei diritti, appare imprescindibile la considerazione che l'ultima parola circa l'interpretazione degli strumenti giuridici predisposti dal sistema interamericano, debba spettare alla Corte Interamericana soprattutto nel momento in cui la propria giurisprudenza si pone come contropotere giurisdizionale alle violazioni compiute e perpetrate da altri organi istituzionali<sup>98</sup>.

Nel sistema Interamericano dei diritti umani la costruzione di un autentico dialogo giurisprudenziale poggia sia nell'applicazione del controllo di convenzionalità, sia nell'interpretazione convenzionalmente orientata da parte dei giudici nazionali delle normative interne. Al fine di creare ed affermare uno *ius commune* latinoamericano e realizzare un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali al cui vertice venga collocata la Convenzione Interamericana, è necessario da parte dei giudici nazionali il rispetto di entrambi questi parametri.

In un continente in cui i diritti e le garanzie individuali sono ancora spesso messi in pericolo, sembra necessario da parte dei giudici e in specie di quelli costituzionali come il STF una maggiore apertura al dialogo con la Corte Interamericana la quale, seppur in alcuni casi si trova ad aver allargato la propria orbita di intervento delineata dalla Convenzione, invadendo campi di competenza non propri, attraverso la propria giurisprudenza si è dimostrata un attore fondamentale nella tutela di tali diritti.

In paesi contraddistinti ancora da forme di Stato che non possono a pieno titolo rientrare tra quelle democratiche, la giurisdizione, specie quella di Corti sovranazionali che si occupano di tutela dei diritti umani come la CIDH, rientra le fonti del diritto necessarie ad assicurare standard di tutela di

---

<sup>96</sup>CANÇADO TRINDADE «O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação» (2006), Cfr. PIOVESAN, *Direitos Humanos*, cit. 15.

<sup>97</sup>GALINDO, MAUÉS, *El caso*, cit. 360 ss.

<sup>98</sup>Cfr. P.TANZARELLA, *op. cit.*, p.1.

tali diritti comuni ed efficienti<sup>99</sup>. I giudici sovranazionali interamericani di fatto si trovano ad intervenire con coraggio laddove sono messi in pericolo i principi e gli istituti fondanti il costituzionalismo<sup>100</sup>.

La linea di confine che dunque necessariamente deve essere tracciata per stabilire quali debbano essere i limiti di tale giurisdizione, per garantire in tal modo il principio della certezza del diritto, sembra difficile poter incontrare una definitiva stabilità in un momento ed in un contesto in cui il cammino verso un effettiva tutela dei diritti umani e delle forme democratiche caratterizzanti uno Stato di diritto non può ancora dirsi compiuto.

**Abstract.** - Lo scopo del presente scritto, è quello di analizzare l'incidenza che ha avuto la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDU) sugli ordinamenti nazionali sudamericani. Rilevante a tal fine, risulta lo studio del parametro del "controllo di convenzionalità", elaborato dalla Corte Interamericana. In questo lavoro, l'attenzione si dirigerà principalmente verso l'ordinamento giuridico brasiliano. Nonostante la Costituzione brasiliana del 1988 si mostri molto sensibile alla questione della tutela dei diritti umani, non sempre la giurisprudenza della CIDU è stata ritenuta vincolante dalle autorità giurisdizionali interne e dal Supremo Tribunale Federale brasiliano.

The purpose of this paper is to analyze the effects of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights on the legal systems of the South American Countries. To that end, it will be analyzed the thesis of the "conventionality control", developed by the Interamerican Court. The work will focus on the Brazilian legal system. Although the Brazilian Constitution of 1988 have made important progress regarding the protection of human rights, this type of control is not carried out satisfactorily in Brazil by The Brazilian Supreme Court.

---

<sup>99</sup>Cfr. G. BANDEIRA GALINDO, *op.cit.*

<sup>100</sup>V. P. TANZARELLA, *op. cit.*, per la quale attraverso la sua giurisprudenza la Corte Interamericana dimostra di voler assumere un ruolo di guida per gli stati nazionali e assisterli «nel compimento del processo democratico, suggerendo o imponendo allorché possibile la via maestra e cercando di diffondere la cultura dei diritti umani tra i cittadini di quei paesi.», p. 25.



