



BOLETÍN DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

ARCARO CONCI, LUIZ GUILHERME
MERCOSUR, INTEGRACIÓN REGIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN UN PROCESO
MULTINIVEL

Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 125-151

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82043968005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

MERCOSUR, INTEGRACIÓN REGIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN UN PROCESO MULTINIVEL*

MERCOSUR, REGIONAL INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS IN A MULTILEVEL PROCESS

LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI¹
Pontificia Universidad Católica de São Paulo
lgaconci@pucsp.br

RESUMEN: Los procesos de integración regional se pueden presentar sobre variados aspectos: estructurales, económicos, culturales, entre otros. La integración a partir de los derechos humanos es uno de ellos. El Mercosur, un bloque económico que no detenta una carta de derechos, exhibe matices reveladores. El presente artículo enfrenta esa temática a partir de la perspectiva internacional y comparada, con el objeto de percibir si la ausencia de una carta de derechos implica el entendimiento que no se trata de un bloque que tiene obligaciones con el tema.

ABSTRACT: The processes of regional integration can be presented on various aspects: structural, economic, cultural, among others. From the integration of human rights it is one of them. Mercosur, an economic bloc that does not hold a bill of rights, exhibits revealing nuances. This article confronts this theme from the international and comparative perspective, in order to discern whether the absence of a bill of rights means understanding that there is a block having obligations to the topic.

PALABRAS CLAVE: Integración regional derechos humanos; Mercosur.

KEY WORDS: Regional integration, human rights, Mercosur.

* Trabajo recibido el 11 de abril de 2015 y aprobado el 2 de septiembre de 2015.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Coordinador del Curso de Especialización en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP) y del Programa de Maestría de la Facultad de Derecho de Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doctor y Máster en Derecho por la PUC-SP con estudio postdoctoral en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo-Autarquia Municipal. Presidente de la Coordinación del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil. Miembro del grupo de investigaciones en derechos fundamentales, PUC-SP.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA²⁻³

Los procesos de integración entre estados, que se acentúan en la segunda mitad del siglo XX, pueden ser vistos sobre diversas ópticas.

En el presente artículo quisiera observar estos procesos a partir de dos lentes, enfocándome en la última de ellas: la primera, dice relación con los procesos de integración basados en diversos temas, como economía, política, infraestructura, entre otros. La segunda es respecto a procesos de integración basados en derechos humanos, o sea, en que el objeto/resultado de la unión de intereses entre los estados nacionales esté enfocado en la protección internacional de los derechos de la persona humana y, por consiguiente, en los efectos internos e internacionales de ese proceso. A los efectos de la integración en el primer grupo, las denominaremos de integración estructural; a los del segundo, de integración sustancial⁴.

Mostraré, también, que es bastante común la existencia de cláusulas, en los primeros, que a pesar que no presentan catálogos de derechos humanos, abren puertas para su protección. Son las denominadas cláusulas democráticas.

Esas cláusulas democráticas funcionan como puentes entre los sistemas que conviven en un mismo espacio continental, sin embargo, están separados por las normas jurídicas que los conforman.

Por medio de ellas, como veremos, se formula una posibilidad de contacto más profundo con los sistemas de integración sustancial, es decir, afirmaré que no hay protección de *estándares* democráticos sin la protección de derechos humanos, vale decir, esas cláusulas son el punto de contacto entre los sistemas internacionales de protección de derechos humanos (integración sustancial) y los bloques de integración que se colocan (integración estructural).

En función de la extensión del presente artículo, me limitaré a tratar dos efectos de ese proceso en el ámbito sur del continente americano, especialmente en el Mercosur. Las referencias a los casos europeos son mera fuente de comparación pero no el centro de mis atenciones.

² Agradecimientos a Konstantin Gerber (grupo de investigaciones en derechos fundamentales, PUC-SP) por colaborar con las investigaciones.

³ Traducción de la edición en portugués por Jennifer Alfaro Montecinos.

⁴ Hay estudios que tratan el tema que se entrega como integración por derechos humanos, como REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2012). "Posibilidades y límites de la integración a través de derechos". *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 18, São Bernardo do Campo, pp. 245-58. En sentido semejante, CIPPITANI, Roberto (2011). "La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional". *Diritto e Processo*. Perugia, pp. 67

2. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN POR DERECHOS HUMANOS EN EUROPA COMO REFERENTE AL QUE OCURRE EN LATINOAMÉRICA

Cuando hablamos de integración, como referido arriba, intentamos mencionar una variedad de fuentes legales que pasan por los tratados marcos de los sistemas de integración y también por los derivados de esos. Además la jurisprudencia producida por los tribunales que por su vez añaden contenido a esos tratados son objetos centrales para nuestro análisis.

En el caso europeo, los tratados constitucionales y el derecho que deriva de ellos, proferidos desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los que provienen de la Corte Europea de Derechos Humanos, son instrumentos importantes para entender el proceso en el territorio de Europa.

Así, los dos sistemas europeos, la Unión Europea (UE) y el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos (SEDH), que se aproximan no solamente pero especialmente desde el Tratado de Lisboa en que la UE propugna su adhesión en el SEDH, también producen cambios en la interpretación de los derechos fundamentales en ambiente nacional de los estados partes de los sistemas⁵.

Entender el proceso demanda lo que apunta García Roca⁶, para quien hay que se observar el proceso de integración en perspectiva dinámica:

“[...] más adecuada a la naturaleza antiformalista de los derechos y la realidad de las cosas a la hora de su garantía y exegesis, una labor que está ligada a la función de integración de los europeos en torno a unos derechos comunes que el Convenio y el Consejo de Europa pretenden. La idea de ‘integración’ supone un plus a su génesis internacional, emanada de un tratado, que, unida a naturaleza objetiva, muy expansiva, de los derechos fundamentales, así como de cualquier jurisdicción, forman una ecuación que puede acabar por transformar en parte su inicial naturaleza puramente internacional”.

Con eso, el proceso de integración se convierte en una dinámica de aproximación de órdenes jurídicos con el objetivo de formar un derecho común, pues un parámetro europeo se formula desde *eficacia de cosa interpretada* de las sentencias

⁵ Tratado de Lisboa, Artículo 6º: 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁶ ROCA (2010), p. 36.

del TEDH, que formula la creación de un estándar interpretativo para los derechos fundamentales que estipula una igualdad de tratamiento de los individuos que se acentúa en todo el continente.

Es lo que Cippitani⁷ afirma al decir que el TEDH establece el sentido jurídico de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y los otros textos del Consejo de Europa. Estos contenidos:

“[...] afectan los sistemas jurídicos de los derechos de los Estados, ya sean los que forman parte de la Unión Europea, o los que solo firmaron la Convención Europea de los Derechos Humanos”.

Así, el continente europeo presenta una circulación de comunicación jurídica cada vez más compleja que los tribunales nacionales e internacionales utilizan como mecanismo de alimentación recíproca de sus decisiones.

3. LA INTEGRACIÓN DE ESTADOS NACIONALES EN EL SUR DEL CONTINENTE AMERICANO

Los procesos de integración regional estructural desarrollados en el sur del continente americano (Comunidad Andina de Naciones, Unasur, Mercosur y Alianza del Pacífico) presentan diversidad estructural y fueron forjados, a pesar de alguna identidad, en distintos momentos históricos. Estos momentos son vistos tanto en el ámbito internacional como en el nacional, a partir de diversas realidades políticas, económicas y sociales.

En esos procesos de integración, es común un descompás entre la realidad interna y la internacional. Los nuevos gobiernos nacionales pueden establecer un cambio de ruta, muy fácilmente, dejando los compromisos asumidos en el plano internacional, poco protegidos. En cualquier momento, un nuevo rumbo puede ser trazado internamente afectando proyectos muchas veces negociados y decididos a partir de extensas tratativas internacionales.

Si nos enfocamos en el pedazo sur del continente, las constituciones indican, por varios aspectos, la tendencia a una aproximación entre los estados nacionales y sus ordenamientos constitucionales⁸, pues no es necesario hablar más de constitución sin una abertura hacia el derecho internacional de los de-

⁷ CIPPITANI (2011) p. 69.

⁸ Ver constituciones: Colombia (arts. 226 y 227); Paraguay (art.145); Brasil (art. 4º y párrafo único); Argentina (art. 99.4); Uruguay (Sección I, Cap. IV, y Venezuela (art. 108).

rechos humanos⁹. Entretanto, es importante que se analicen, específicamente, las formas de integración, que puede tener más o menos naturaleza política, económica, jurídica, cultural o social, lo que significa que el término contiene varias posibilidades de atribución de contenido.

En el ámbito de la integración jurídica hay un tema que me interesa más constantemente, que es el de la integración a partir de los derechos humanos. Esta forma de integración no depende de la creación o refuerzo exhaustivo de nuevas estructuras formales.

Depende de un proceso menos estructural y más discursivo¹⁰, pues los estándares en materia de derechos humanos van siendo, paulatinamente, incorporados al actuar habitual de instituciones nacionales, especialmente para aquellas que administran justicia (tribunales judiciales, administrativos, etc.).

A mi sentir, en el caso del continente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha producido esta integración sustancial, dejando de lado muchas de las dificultades existentes en los diversos bloques existentes (integración estructural), citados anteriormente.

Hay incluso, como veremos, una decisión tomada en este ámbito que tiene relación directa con uno de los bloques regionales citado anteriormente (Mercosur) y puede funcionar como un embrión para una carta de derechos.

Pero algunas cuestiones deben ser puntualizadas, para preparar lo que se expondrá más adelante.

4. ESFUERZOS EN DIRECCIÓN A UNA CARTA DE DERECHOS PARA EL MERCOSUR

Aun cuando el Mercosur no disponga de una Carta de Derechos Humanos¹¹, no se puede ignorar el avance en el tema que el bloque realizó en materia de su protección. Se pueden percibir, por ejemplo, restricciones al comercio destinadas a la protección de la vida y salud de las personas, que no pueden ser consideradas como barreras no arancelarias¹².

⁹ NINO (1992), p. 1.

¹⁰ SILVA (2010), pp. 519 y siguientes.

¹¹ Lo que, por ejemplo, ya es una realidad en la Unión Europea, desde el Tratado de Lisboa que, al mismo tiempo, da eficacia a la Carta de Derechos de la Unión Europea y prevé, aun cuando no alcanzó tal resultado, la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹² RAMOS (2008), pp. 305-385.

En el tema de la armonización de las normas de defensa al consumidor, con la aprobación de la resolución N° 126/94, también llamada “ley del mercado de destino”, se determinó la aplicación de la legislación de cada Estado Parte hasta que sea aprobado un reglamento común para la defensa del consumidor en Mercosur¹³⁻¹⁴. En esta materia existe también un “Comunicado Conjunto de los Presidentes del Mercosur, de 10 de diciembre de 1998”, faltando también acompañar las reuniones de los ministros de Justicia de los Estados Partes, para propender a la evolución del tema, sobre todo en lo que se refiere a la redacción y aprobación del Reglamento Común, del que depende la incorporación, con posterior ratificación de Brasil, del Protocolo de Santa María sobre la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (Mercosur/CMC/Dec n.10/96)¹⁵.

Los Estados Partes del Mercosur deben presentar relatos periódicos sobre su progreso en derechos sociales, económicos y culturales, en observancia al art. 19 del Protocolo de San Salvador, en los términos de la resolución N° 1022 del Consejo Permanente de la OEA¹⁶, lo que no pasa inadvertido por las instituciones del Mercosur, pues se debe reportar la existencia del Sistema de Información de Mercosur sobre Políticas e Indicadores Sociales, iniciativa del Instituto Social de Mercosur (Decisión del CMC N° 47/10).

En materia medioambiental, se refiere al preámbulo del Tratado de Asunción, al mencionar que la integración debe ser alcanzada mediante la preservación ambiental y la Declaración de Canela, de 1992. Ya la resolución N° 10/94 del Grupo del Mercado Común aprobó las directrices básicas de la Política Ambiental y la Decisión 02/01 del Consejo de Mercado Común, aprobó el acuerdo-marco sobre el medio ambiente del Mercosur.¹⁷

Podemos ver el ensayo del Tribunal Arbitral *ad hoc* que decidió la incompatibilidad de las normas del Mercosur con la Ordenanza N° 8 de 25 de septiembre, de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio

¹³ RAMOS (2008), p. 323

¹⁴ Cumple decir que el art. 1 de la resolución N° 126/94 determina la elaboración de un Reglamento Común en Defensa del Consumidor. Ocurre que por cuenta de una posible inconstitucionalidad, en Brasil, de un Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur, incluso con el retroceso social apuntado por juristas brasileños, la armonización de las reglas del consumidor no ha ocurrido hasta el día de hoy.

¹⁵ MARQUES (2001), p. 30.

¹⁶ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo e GERBER, Konstantin, *The right to education, public hearing and strategic litigation in Brazil*. Fecha de consulta: 8 de junio de 2015. Disponible en www.iacl-aicd.org/en/blog/242-the-right-to-education-public-hearing-and-strategic-litigation-in-brazil.

¹⁷ RAMOS (2008), pp. 328-330.

Exterior, que prohibió la concesión de licencias de importación de neumáticos recauchados y usados, lo que provocó que el Ministerio Público Federal interpusiera una acción civil pública por el incumplimiento del fallo arbitral en Brasil¹⁸⁻¹⁹.

Debe ser mencionado el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos del Mercosur (decreto N° 7.225 de 1 de julio de 2010), que dispone sobre la cooperación para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales y que igualmente establece el procedimiento de consultas y otras medidas, incluso la suspensión, cuando sean infructíferas las primeras, en casos de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de un estado de excepción.

En términos de derechos sociales, se menciona la Declaración Socio-laboral de Mercosur, de 10 de diciembre de 1998, que a pesar de buscar consolidar la ratificación de las principales convenciones de la OIT, viene siendo utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, en interpretación combinada con el Tratado de Asunción y lo dispuesto en el art. 75, inc. 24 de la Constitución Argentina²⁰.

En Brasil, mencionó el juzgado TRF de la 4° Región la aplicación del Acuerdo Bilateral de Seguridad Social, envolviendo a Brasil y Argentina (Apelación N° 2004.71.04.009576-7/RS, Rel. Des. Fed. Luis Alberto Azevedo Aurvalle, j. 11 de febrero de 2010).

Pueden ser consideradas también la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social de 30 de junio de 2000; la Declaración especial de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur sobre el Plan Estratégico de Acción Social de Mercosur, de 17 de diciembre de 2010; la aprobación por el Consejo de Mercado Común de un Plano Estratégico de Acción Social en junio de 2011; la segunda Declaración Presidencial sobre Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en el Mercosur, de 29 de junio de 2010, y su primera declaración, de año 2002.

¹⁸ RAMOS (2008), p. 336.

¹⁹ En un caso semejante en relación a los neumáticos recauchados, se había decidido favorablemente a la restricción de importaciones, lo que mereció un recurso de Uruguay al Tribunal Permanente de Revisión, considerándose entonces no existir conflicto de principios (libre comercio y medio ambiente), debiéndose aplicar solamente el principio de libre comercio, admitidas ciertas excepciones, teniéndose en consideración que estas excepciones deberían ser analizadas de acuerdo con el Derecho del Mercosur y no de acuerdo con los principios del Derecho Internacional (art. 34 del Protocolo de Olivos), que deben ser utilizados de forma subsidiaria o complementaria.

²⁰ MERCOSUR (2006), p. 18.

5. UN PUNTO IMPORTANTE PARA LA INTEGRACIÓN REGIONAL: LAS CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS

El tema de la “integración regional” ha despertado tradicionalmente mucho más esfuerzo en el análisis de las estructuras de integración de sistemas. En este sentido, temas como los parlamentos, los órganos de toma de decisiones compuestos por ministros u otros funcionarios, tribunales, asambleas, acuerdos arancelarios, entre otros, son fundamentales para los analistas.

Sin embargo, bajo el punto de vista material, hay un punto que impregna todos los sistemas de integración de América Latina, esto es, la existencia de cláusulas democráticas en el espectro de su conjunto de reglas. Estas cláusulas democráticas actúan como fuentes legales que establecen normas en el campo que no son fundamentales para el proceso de integración, pero sí establecen un piso de mejora: la existencia y preservación del orden democrático interno de los Estados partes.

Esto demuestra que a pesar de todo el interés existente en los resultados en varios campos, hay una sustancia mínima que informa estos procesos de integración. Son exigencias materiales para las negociaciones y decisiones. Significa que existe un deber de los Estados naciones de que la democracia sea respetada y mejorada. Sin esto, no se debe profundizar la integración estructural.

Esto quiere decir que cualesquiera que sean los intereses momentáneos de los estados nacionales envueltos, hay una base material común que debe trascender no solo en los textos constitucionales nacionales, sino, también, debe trascender la realidad constitucional de cada uno de los Estados partes en estos procesos. Es decir, hay una exigencia de que la democracia sea una opción no solamente teórica o meramente textual en una constitución, sino que sea una realidad en el ámbito de estos Estados naciones²¹.

5.1. Integración, cláusulas democráticas y ausencia de carta de derechos

El intento de hacer frente a la historia de las dictaduras y la debilidad de las instituciones fuertes en el plano interno para contener el ímpetu autoritario de algunos gobiernos provoca que, a partir de la década de 1980, se estableciera un proceso de integración que buscaba, a nivel internacional, fortalecer tales estados nacionales frente a la abertura de sus economías para un proceso de globalización económica en aquel momento²².

²¹ Sobre “realidad constitucional”, véase HESSE (1991), pp. 13 y ss.

²² OLIVEIRA (2000), pp. 108-129.

Para que este proceso no reprodujera los defectos del pasado, donde los gobiernos autoritarios han hecho uso de la legislación social para ocultar violaciones en asuntos de derechos civiles y políticos.

Por supuesto que conceptualizar la democracia no es algo sencillo. Por otra parte, se puede decir que efectivamente existe un contenido mínimo para cualquier presentación del concepto. No hay democracia sin la protección de las minorías, por ejemplo. A su vez, no se puede hablar de protección de las minorías sin hablar de la materialización de los derechos humanos, ya que son los escudos atribuidos a quienes no tienen suficiente representación contra los estados o actores privados²³, los que establecen relaciones asimétricas. Por lo tanto, los derechos humanos informan estos procesos de integración como un mínimo común denominador a partir del cual todo y cualquier proceso de integración estructural avance progresivamente hacia adelante.

De hecho, teniendo en cuenta que el concepto de democracia tiene algunas características que requieren más dedicación, partimos de la afirmación de que el más mínimo concepto de democracia debería prever la protección al menos de los derechos civiles y políticos²⁴ como un contenido básico. Y esta protección, dada la actual etapa en la que el constitucionalismo se encuentra, no puede resumirse únicamente para su protección en el plano interno²⁵. Es decir, la combinación de la protección interna y la protección internacional de los derechos humanos, como veremos, están contenidas hoy en el mínimo estándar para el diseño de un Estado democrático.

Aquí hay una cuestión central para lo que volverá a ser debatido en este texto: para aproximar la democracia a la protección de derechos humanos; actualmente, es necesario que la protección de estos últimos no se agote únicamente en el plano interno, de manera que exista una vertiente internacional para la protección de la persona humana²⁶⁻²⁷.

²³ Ver CONCI (2008), pp. 23 y ss.

²⁴ MAINWARING y PÉREZ-LINAN (2001), p. 650. Afirman los autores: “La tercera propiedad es que las democracias deben dar protección a derechos políticos y libertades civiles como la libertad de prensa, libertad de organización, el derecho al *habeas corpus* y otros”. En mi opinión, también los derechos económicos, sociales y culturales estarían contenidos en este estándar mínimo.

²⁵ Ver CONCI (2014), pp. 363 y ss.

²⁶ Corte IDH. Caso: Barrios Altos vs. Perú. Fondo (2001), par. 16.

²⁷ ROIG (2008), pp. 21-41.

Esto quiere decir que se exige que la integración económica sea conducida a partir de una exigencia sustancial, o sea, el avance económico, pero con democracia, es decir, sin descuidar los derechos humanos.

En este sentido, las cláusulas democráticas, en los documentos regionales, aparecen para establecer este patrón mínimo en el plano sustancial, a partir del cual los estados que intentan integrarse deben dirigirse. Sin respeto a los estándares democráticos no habrá autorización para integrarse²⁸.

De esta forma, al mismo tiempo en que existen cláusulas democráticas que vinculan estos procesos, no existen cartas de derechos para la protección de la persona humana contra los excesos u omisiones practicadas por los bloques regionales.

La inexistencia de cartas de derechos no significa que no existan avances en materia de protección de derechos o sobre temas sociales. Esto porque encontramos, en algunos de esos bloques, decisiones destinadas para tales temas²⁹.

5.2. El Mercado Común del Cono Sur (Mercosur) y la preservación de la democracia como estándar

La práctica integrativa en el Mercosur exige un proceso en el que el ambiente democrático en el plano doméstico de los estados partes se caracterice desde su proceso de formación.

La afirmación sobre la necesidad de un avance democrático ya constaba en la Declaración de Foz de Iguazú³⁰, de 30 de noviembre de 1985, firmada por los presidentes de Brasil y Argentina.

²⁸ Sobre el tema, ver PIZZOLO (2010), pp. 664 y ss.

²⁹ En el caso de Mercosur, veáanse los temas referidos al Desarrollo Social (2000); Cultural (2007); Educativo (2011); las reuniones especializadas sobre Ciencia y Tecnología (1992); Cooperativas (2001); Cine y Audio Visual (2004); Agricultura Familiar (2004); Foros sobre Migraciones (2003); Municipios, Provincias y Departamentos (2004); Grupo de Integración Productiva (2008), y la Reunión de Altas Autoridades sobre la Mujer (2001). Cfr. ARELLANO (2013), p. 2.

³⁰ Disponible en http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1985/b_74/.: “32. (...) “Los presidentes José Sarney y Raúl Ricardo Alfonsín enfáticamente reafirmaron que el proceso de democratización que vive el continente debe conducir a relaciones más estrechas y la integración entre los pueblos de la región. Afirmaron también que para los latinoamericanos, la democracia debe necesariamente significar a la paz, la libertad y la justicia social; se comprometieron a no escatimar esfuerzos para que en este continente convivan sociedades que privilegien los principios de dignidad humana, cooperación, solidaridad, paz y el bienestar. Concluyeron señalando que las relaciones bilaterales de Brasil y Argentina serán ejemplo de este ideal”.

El tema retorna en el Acta de Amistad Brasileira-Argentina Democracia, Paz y Desarrollo, del año siguiente³¹, que incluso hará referencia a la protección de derechos. Sin perjuicio de esto, este tema fue omitido tanto en el Tratado de Asunción como en el Protocolo de Ouro Preto, pero vuelve a aparecer en el Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre las Comunidades Europeas y el Mercado Común del Sur (Mercosur), en 1992, en sus consideraciones³². Nuevamente aparece en el Acuerdo-Marco Inter Regional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, y el Mercosur y sus Estados Partes³³.

Antes de la previsión de un tratado de carácter constitutivo, en el ámbito del Mercosur con la Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en Mercosur ya se había establecido el procedimiento para tal cláusula democrática³⁴.

Un año después, con la Declaración sobre la Defensa de la Democracia, de los Estados de Grupo de Río, se aprueba, para preservar la democracia y las instituciones democráticas, un procedimiento de reunión de ministros de relaciones exteriores, que se reuniría en caso de situaciones de inestabilidad democrática.

Pero es con el advenimiento del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur consumido por la República de Bolivia y la República de Chile, el cual, en su artículo 1º se establece con carácter de Tratado Internacional tal exigencia, pues la plena vigencia de las instituciones democráticas para el desarrollo de los procesos de integración entre los estados-partes³⁵ pasa a ser una exigencia para la manutención y avance del proceso integrativo³⁶. Además, se establece un procedimiento en caso de ruptura democrática, en el

³¹ Destacan su profunda fe en la democracia representativa, con arreglo al supremo respeto del orden legal y la voluntad popular, para asegurar la paz y promover el pleno desarrollo nacional y señalizan que el Estado de Derecho es el principal garante de la consecución de justicia social, bien como de la dignidad, de la libertad y los derechos esenciales de la persona humana.

³² Consciente de que tanto las Comunidades Europeas como el Mercosur parten con el objetivo principal de promoción del progreso económico y social de sus países miembros a través de la integración, en el ámbito de la democracia.

³³ Respecto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales del hombre, enunciados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, inspira las políticas internas y externas de las partes y constituye un elemento esencial del presente acuerdo.

³⁴ “1.- La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios”.

³⁵ “La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”. (Artículo 1º del Protocolo de Ushuaia)”.

³⁶ Esperando aprobación y la consecuente ratificación por los estados partes del Protocolo de Montevideo, firmado en 20 de diciembre de 2012 por todos los miembros del Mercosur, más Bolivia, Chile, Perú, Ecuador

cual, posterior a consultas recíprocas, los estados partes podrán, por consenso, aplicar las siguientes penalidades al estado negligente: la suspensión del derecho de participar de los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de dichos procesos.

Este procedimiento fue aplicado en junio de 2012, y tuvo como consecuencia la suspensión temporaria de Paraguay y la entrada de Venezuela al bloque. Se trata de un resultado controvertido, como veremos.

Esto porque, en primer lugar, se refuerza la protección de la cláusula democrática con la decisión contra Paraguay, que llevó a cabo un proceso de *impeachment* contra su presidente de la República en pocas horas, sin el respeto a los derechos procesales previstos en la Constitución paraguaya y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, se debilita la protección de la democracia y de los derechos humanos, con la entrada de Venezuela, que, un año después, hizo una denuncia, en septiembre de 2012, ante la Convención Americana, la que a partir de septiembre del año siguiente le llevó a abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En mi opinión, se trata de un enfrentamiento a la cláusula democrática del Mercosur, teniendo en cuenta que todos los demás estados miembros y asociados son parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, como veremos.

Igualmente se debe mencionar el Laudo Arbitral N° 1 de 2010, en que los países demandados por Paraguay presentaron el paradigma que la democracia constituye condición *sine qua non* para el proceso de integración; sin embargo, el TPR no se pronunció sobre la violación de la cláusula democrática, en la medida en que no estaban presentes los requisitos de admisibilidad para el procedimiento excepcional de urgencia establecido en la Decisión N° 23/04³⁷, el que para algunos fue considerado adecuado y ajustado al derecho³⁸, sin embargo no eximió al

y Colombia, que son estados asociados del Mercosur. Deberá sustituir del Protocolo de Ushuaia, instituyendo nuevos contenidos para la cláusula democrática del Mercosur.

³⁷ Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión. Laudo N° 01/2012. Disponible en: www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012-es.pdf.

³⁸ Cf. DELUCA (2013). El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del laudo TPR N° 1/2012. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Working Paper N° 16, Madrid. Fecha de consulta: 08 de junio de 2015. Disponible en: www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20mercosur.pdf.

Mercosur de críticas, pues para otros, en análisis crítico, la suspensión de Paraguay contribuyó para el ingreso de Venezuela en el bloque.³⁹

Lo que se percibe es que tal cláusula democrática debe funcionar como una protección a los retrocesos en plano interno de los estados partes en lo que se refiere a un padrón mínimo de democracia⁴⁰ y la protección de derechos humanos.

Se verifica, así, que en los espacios de integración sudamericana existe una exigencia sustancial de concomitancia entre las democracias, derechos humanos y decisiones integradoras. Por más que los objetivos primarios de tales bloques no sean la formación de sistemas de integración por medio de derechos humanos, termina por ocurrir que sin esos derechos o a partir de su no respeto, los procesos de integración pueden sufrir reveses con fundamento en tales cláusulas democráticas.

6. EL DIÁLOGO ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS COMO INSTRUMENTO DE SUPERACIÓN DEL POTENCIAL LIMITADOR DE LAS ESTRUCTURAS INTEGRACIONISTAS

En muchos sentidos, hay una dificultad natural en estos procesos, que deriva de la exigencia que establece la relación entre los estados nacionales involucra-

³⁹ Cf. BONILLA, Sergio Abreu (2012). “Una herida letal al Mercosur.” *Documentos KAS* N° 1, octubre, Konrad Adenauer Stiftung, Consejo Uruguayo para las relaciones internacionales, Montevideo. Fecha de consulta: 8 de junio de 2015. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_32450-1522-1-30.pdf?121228173727.

⁴⁰ En América del Sur, otro bloque, la Comunidad Andina de Naciones, también prevé una cláusula democrática, que se estableció en el “Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena” “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”, en su artículo 1. Vale destacar también que la misma situación se produce en otro bloque regional, Unasur. Con el intento de formar un bloque regional más amplio que el Mercosur, y con Brasil como uno de sus impulsores, la creación de Unasur también exigió el establecimiento de una cláusula democrática. Se establece esta cláusula en el artículo 1 del Protocolo Adicional para la Defensa de la Democracia, que también incluye sus normas constitutivas. También hay una cláusula democrática, dentro de la Organización de los Estados Americanos que fue aprobada el 11 de septiembre 2001 la Carta Democrática Interamericana y que en su artículo 7 establece: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos y internacionales de derechos humanos”. De acuerdo con el art. 2, b, de la Carta de la OEA y sus protocolos de reforma de 1948, “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención” se presentan como el “propósito esencial” de la organización. De esta forma, conforme a la Resolución de OEA sobre Democracia Representativa de 5 (I/AG RES 1080) de junio de 1991, el Secretario General tiene el deber de convocar inmediatamente al Consejo Permanente, en el caso de que “[...] actos ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político de las instituciones democráticas o al legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los estados miembros de la OEA [...]”, pudiendo luego ser convocadas a reunión *ad hoc* de ministros de asuntos exteriores o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Así se accionó en caso de Zelaya, quien sufrió un golpe de Estado en Honduras en 2009.

dos, dependiente de negociaciones extensas y un período prolongado entre sus representantes, con la aprobación posterior de las decisiones de las autoridades u organismos nacionales, siempre sujetas a varios intentos de boicot por parte de grupos de la oposición en el momento de ejecución de las decisiones, etc.

Ocurre que hay diversos medios de integración que son independientes de esos modos formales, percibiéndose que los problemas y las decisiones necesarias para profundizar esa aproximación pueden ser enfrentados mediante un proceso de observación e intercambio de ideas⁴¹ y medidas a partir de experiencias semejantes vividas por los estados naciones participantes. Se exige, por lo tanto, que exista observancia y aproximación entre las autoridades estatales.

La toma de decisiones, muchas veces, puede encontrar un escenario constitucional, literal o real, en que mucho de lo que se discute para decidir ya fue debatido por otras autoridades nacionales de otros estados, incluso, habiendo decisiones tomadas en circunstancias aproximadas, lo que exige, para su aprovechamiento, un proceso de diálogo entre autoridades y ordenamientos constitucionales.

El diálogo puede ocurrir, como se ha sido dicho, con las más diversas autoridades.

En el caso de los tribunales, hay dificultades propias fundadas en sus instrumentos decisorios típicos: textos constitucionales o legales. Estos son limitadores *per se* del trabajo del intérprete. En el mismo sentido, esa integración discursiva tiene en el lenguaje abierto de los textos, y de sus contenidos, facilitadores para esa aproximación. La naturaleza de los principios⁴² de las normas jurídicas, principalmente las constitucionales, permite que el proceso de concretización de esas normas abra un canal para esos mecanismos informales de integración⁴³.

Se trata de un modo de intercambio de experiencias en que los jueces forman su conciencia a partir de la observación crítica de otras decisiones judiciales, producen una interacción entre tribunales, con identidad entre argumentos, medios de decisión, resultados, lo que crea una red de comunicación entre tribunales o una comunidad de cortes⁴⁴, habiendo una interpenetración de ordenamientos jurídicos y decisiones judiciales, por consecuencia, demandan

⁴¹ CHOUDHRY (2006), pp. 5 y ss.

⁴² Sobre el concepto de principio, ver CONCI (2008), pp. 23 y ss.

⁴³ VERGOTTINI (2011), p. 346.

⁴⁴ SLAUGHTER (2003), pp. 195 y ss.

una perspectiva de observación más abierta a la observación, aun cuando decidan de modo contrario.

Este diálogo entre ordenamientos jurídicos no puede ser reducido únicamente al campo judicial. Este proceso de observación recíproca ocurre en los más diversos espacios decisorios estatales, como en la Administración pública o en las cámaras legislativas. Esto porque facilita mucho la toma de decisiones, las observaciones y el análisis crítico, no solamente de las decisiones *per se* (ley, actos administrativos, etc.), sino también a su efectividad, es decir, los resultados obtenidos desde una victoria en el campo de la realidad.

Esto se percibe en relación a que no se debe permitir que conceptos que profundizan procesos decisorios autorreferentes, como el concepto de soberanía, por ejemplo, tomen el centro de las discusiones en busca de soluciones, sean constitucionales, legales, administrativas o las mismas judiciales; porque el ideario de la soberanía absoluta parece ser una creación de carácter poco comprobable, casi mítico⁴⁵, en el sentido de presentar una “explicación no racional o ficticia de la realidad”, teniendo en vista la proliferación de pactos y convenciones principalmente después de la Segunda Guerra Mundial.

7. LA INTEGRACIÓN POR INTERMEDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el territorio sudamericano, es interesante percibir que todos los estados nacionales miembros del Mercosur⁴⁶, de la Comunidad Andina de Naciones y de la Unasur –procesos de integración que utilizan de cláusulas democráticas– son firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos y, especialmente, de la cláusula constante en aquel instrumento. La sumisión a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo que tiende es a profundizar la relación entre el derecho interno y el internacional.

Es verdad que esa relación se ha enfocado tradicionalmente en dos temas: la dicotomía monista-dualista y la jerarquía de los tratados internacionales, especialmente de los derechos humanos en el ámbito nacional.

⁴⁵ ROCA (2010), pp. 25 y ss.

⁴⁶ Con excepción de Venezuela, que denunció a la Convención Americana de Derechos Humanos en 12 de septiembre de 2012. (Ver Texto en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela).

Sobre el último de ellos, el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional de derechos humanos no se puede resumir, únicamente, a la verificación de la jerarquía de derechos humanos en el ámbito nacional, pues este no se presta a ser monopolizado, desclasificando toda y cualquier otra forma de aproximación. Esto porque por la profundización de la vía internacional en el constitucionalismo ocurrido en la última mitad del siglo XX, principalmente, se exige que se perciba la concomitancia de flujos normativos que provienen de fuentes jurídicas tanto de derecho interno como de derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷.

Esta concomitancia de ordenamientos jurídicos en que se dan los procesos de integración deben también mirar primordialmente a la persona humana, y no únicamente a los estados, como destinatarios de las normas jurídicas que atribuyen derechos humanos. En ese sentido, el derecho interamericano de derechos humanos funciona como una banda de ese proceso de integración, en que los estados nacionales ya no detentan internamente el monopolio de la interpretación de los derechos de los ciudadanos de cara a sus acciones u omisiones. Eso quiere decir que repercute considerablemente otra normatividad, la internacional, derivada no solamente de los tratados internacionales y otros instrumentos de derechos humanos, sino también de la interpretación de esos tratados derivada de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos que tienen tales tratados como instrumentos de decisión, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

No se quiere decir con esto que el derecho internacional deba tener una primacía incondicionada por sobre el derecho interno. El ambiente de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional se impone sobre la perspectiva de ausencia de esa primacía incondicionada de normas jurídicas internacionales por sobre las nacionales⁴⁸ o, al contrario, pueden ser sustituidas por las teorías

⁴⁷ NEVES (2010), p. 264. Marcelo Neves afirma sobre el tema que: “el camino más adecuado en el tema de los derechos humanos parece ser el de un ‘modelo de articulación’, o de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de manera que todas se presenten con capacidad de hacer una autorreconstrucción permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de ordenamientos jurídicos interesados concomitantemente en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales o derechos humanos”.

⁴⁸ Cf. CANÇADO TRINDADE (1999), p. 45: “[...] en el contexto de la protección de los derechos humanos la polémica clásica entre monistas y dualistas se revela basada en falsas premisas y superada: se verifica aquí una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, y los propios tratados de derechos

monistas y dualistas. Esa sustitución se da en función de la imposición de la centralidad de la persona humana y no de los estados y sus intereses, tanto en sede internacional como interna, tal como vimos. La preferencia por la persona humana encarnada en el principio *pro homine* exige un diálogo crítico, y no subordinado, entre los ordenamientos jurídicos complementarios, en que las decisiones no exigen posiciones anteriormente puestas, pero sí una racionalidad que se construye a partir del caso concreto de los hechos y las normas que se presentan.

8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DECISORIO PARA APROXIMAR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONCOMITANTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad, construido a partir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige que la relación de validez entre el derecho interno y el internacional se establezca a partir de un criterio material, de mayor protección o menor restricción de derechos humanos (*pro homine*), siendo la declaración de no convencionalidad posible solamente cuando esa protección derivada del derecho internacional de los derechos humanos sea más efectiva o establezca restricciones menos profundas a los derechos humanos alcanzados que las derivadas del derecho interno. Debe ser entendido como un control de validez de las normas jurídicas internas a partir de un flujo normativo que deriva del derecho internacional y no del derecho interno. Aquel no se confunde con el control de constitucionalidad, para el cual el análisis de validez establecida entre la constitución y los actos normativos (*lato sensu*) deriva de un flujo normativo interno, o sea, de la constitución en dirección a los actos.

humanos significativamente consagran el criterio de primacía de la norma más favorable a los seres humanos protegidos, sea en la norma de derecho internacional o el derecho interno". Del mismo autor, también: "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas *ad nauseam* a la luz de la polémica clásica, estéril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídicas propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no más cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la norma –de origen internacional o interna– que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constátase hoy, en efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, debiendo pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias", CANÇADO TRINDADE (1997), p. 71.

En cuando al control de constitucionalidad se consustancia la lógica de la jerarquía, es decir, a partir de un sistema jurídico *supra infra* ordenado desde la Constitución, en que la condición de validez de las normas de jerarquía inferior, sea en el plano material, sea en el plano formal, depende de una relación de orden como las de jerarquía superior, llegando hasta la Constitución. El control de convencionalidad en el continente, con la Convención Americana de Derechos Humanos, más allá de sus protocolos y las sentencias de la Corte IDH, forman lo que se denomina “el bloque de constitucionalidad”⁴⁹, lo que es el paradigma del control de validez de los actos en sentido lato (*sentencias, leyes, actos administrativos, constituciones*) expedidos/editados por los estados nacionales y sometidos al sistema interamericano de derechos humanos.

Resultado de aquello es que los jueces y las autoridades nacionales tienen como deber aplicar los precedentes de la Corte IDH, independientemente que sus estados nacionales sean parte del caso o de la consulta analizada, de modo que toda y cualquier decisión tomada por la Corte IDH es vinculante para todos los estados que se someten a su jurisdicción⁵⁰⁻⁵¹. En el caso de no ser parte, cabe al estado verificar el estándar fijado por la Corte, en comparación con la protección de derechos apreciados en la decisión, si tienen mayor o menor protección en el derecho doméstico, aplicando el principio *pro homine*.

Esa relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno exige que se concreten algunos criterios hermenéuticos como *pacta sunt servanda*⁵², efecto útil y, especialmente, el principio *pro homine*⁵³.

⁴⁹ FERRER-MAC GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Fecha de consulta: 8 de junio de 2015, Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ (2011), p. 139.

⁵¹ También cf. voto concurrente del juez *ad hoc* Eduardo MacGregor en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), párrafo. 63. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.

⁵² CANÇADO TRINDADE (2003), pp. 551-552.

⁵³ PINTO (1997), p. 163: “El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando “se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

En el tema de control de convencionalidad el principio *pro homine* se impone, pues se vive un momento en que se refuerza el argumento de la necesidad de entenderse de forma profunda, caso a caso, cuál norma es más protectora al individuo, sea nacional o internacional, debiendo prevalecer aquella que fuera más expansiva, independientemente del estatus jerárquico interno que adquieren los tratados internacionales de derechos humanos⁵⁴.

Se trata de una norma jurídica que se extrapola del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice relación con el conflicto de interpretaciones que pueden derivar de los tratados e instrumentos internacionales⁵⁵, sean del sistema universal de protección de derechos humanos, sean de los tratados o instrumentos y de los derechos fundamentales previstos nacionalmente, en los estados partes del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Así, resulta necesario un análisis en profundidad del contenido de lo que decidió la Corte IDH o de lo que contiene un tratado o instrumento internacional de derechos humanos para que el juez nacional pueda aplicar el derecho convencional. Se trata de un diálogo crítico⁵⁶⁻⁵⁷ necesario, en que haya reciprocidad, pues en el caso que la protección de un derecho sea más efectiva en el ámbito nacional, esta debe prevalecer, aun cuando existan precedentes de la Corte IDH o de normas jurídicas derivadas de tratados o de otros instrumentos

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE (1999), p. 435.

⁵⁵ Corte IDH Opinión Consultiva OC/5, 13 de noviembre de 1985, par. 52: “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

⁵⁶ Sin embargo, en un plan general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional. ABRAMOVICH (2007), pp. VI/VII.

⁵⁷ SLAUGHTER, citando a la jueza de la Suprema Corte Americana Ruth, Ginsburg, afirma que en “materia de derechos humanos [...] las experiencias de una nación o región deben inspirar o informar a otras naciones o regiones”. SLAUGHTER (2003), p. 199.

internacionales⁵⁸. Por otro lado, en el caso que la Corte IDH esté a decidir sobre un caso en que se analice la protección de un derecho en el ámbito nacional, y se verifica que la protección es más eficiente que la derivada del sistema interamericano de derechos humanos, ella se debe abstener de declarar no convencional el acto nacional analizado.

Comprender lo contrario es entender que el estado nacional que incumple esa jurisprudencia probablemente sea condenado y su caso llevado como un caso de incumplimiento ante el sistema interamericano; es hacer creer que podría incumplir el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Así, se definen los precedentes de la Corte IDH como derecho americano vinculante para los estados nacionales que a su jurisdicción se someten⁵⁹.

Por tanto, se formula un *ius commune americano*⁶⁰, que traspasa la frontera de los estados nacionales. El principal instrumento para ello es el control de convencionalidad, efectuado tanto por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por los jueces nacionales, o lo que se ha observado cotidianamente por la mayoría de las cortes constitucionales de la región (Colombia⁶¹, República Dominicana⁶², la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica⁶³, el

⁵⁸ En ese sentido, RAMÍREZ (2011), p. 139: “[...] corresponde aclarar –como se ha hecho en otro lugar de este trabajo– que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos –instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de jurisdicción interna– que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El derecho internacional de los derechos humanos es el ‘piso’ de los derechos, no el ‘techo’. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana”.

⁵⁹ Interesa notar que aquel fenómeno también ocurre dentro del derecho europeo, en que la Corte de Estrasburgo, en diversas situaciones, da efectos generales a sus sentencias, de modo que no se entienda únicamente vinculantes para las partes en litigio, sino que puede ser tomado como la fórmula de reglas jurídicas, de modo de expandir los efectos indefinidamente, haciendo que el precedente se torne obligatorio para otros casos. VERGOTTINI (2010), p. 80

⁶⁰ Sobre el concepto, ver BOGDANDY, FIX-FIERRO y ANTONIAZZI (2014), pp. 3 y ss.

⁶¹ Demanda de la inconstitucionalidad contra las expresiones “Grave” (artículos de la ley N° 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal). Sentencia de 22 de febrero de 2005. C-148/05 de 2005; Caso Jaime Rodríguez c. Ivan Mejía Álvarez. Sentencia de 7 de diciembre de 2001, T-1319/01 de 2001.

⁶² Resolución de 13 de noviembre de 2003, Sentencia de 9 de febrero de 2005.

⁶³ Consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar el Estatuto de Roma. Resolución de 1 de noviembre de 2000. N° 2000-09685 (Expediente 00-008325-007-CO); Caso de La Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas. Sentencia de 9 de mayo de 1995, Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en relación al Proyecto de Reforma al inciso 5 del artículo 14 de la Constitución Política. Consulta de 11 de agosto de 1998, N° 98-005381-007-CO-S.

Tribunal Constitucional de Perú⁶⁴, la Corte Suprema de la Nación Argentina⁶⁵, Chile⁶⁶, entre otros de América Latina).

Analizando la función judicial de los estados miembros, la Corte Interamericana tiene entendido que los jueces nacionales, y todos los que administran justicia, deben analizar la “convencionalidad de las leyes”, o sea: la compatibilidad entre las normas jurídicas internas del Estado y del bloque de convencionalidad (Convención Americana⁶⁷) y las propias decisiones de la Corte IDH, proveída de su competencia consultiva o contenciosa⁶⁸, teniendo como fundamento el artículo 2º de la Convención Americana que impone a los estados partes un deber general de adaptación de los ordenamientos internos al sistema interamericano de derechos humanos con el objetivo de armonizarlos⁶⁹⁻⁷⁰.

⁶⁴ Caso Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República. Sentencia de 19 de junio de 2007. 00007-2007-PI/TC-19.

⁶⁵ Caso Videla, Jorge Rafael y Masesera. Sentencia de 21 de agosto de 2003; Caso Simón, Julio Héctor y otros. Sentencia de 14 de junio de 2005.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2006.

⁶⁷ Cf. Caso Boyce y otros vs. Barbados, sent. de 20/11/2007; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sent. 26/09/2006; Caso La Cantuta vs. Perú, sent. 29/11/2006.

⁶⁸ Cf. voto concurrente de juez *ad hoc* Eduardo Ferrer-MacGregor en Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), párr. 63: “No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José ‘se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes’”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera eficacia directa en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención” para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.

⁶⁹ Con un análisis más acucioso con respecto al concepto de control de convencionalidad, ver: CONCI (2014), p. 363; CONCI (2013), pp. 59-90; CONCI (2013), pp. 200-230; CONCI (2012), pp. 301-326.

⁷⁰ Corte IDH. Resolución de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia párr. 88: “En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus

8. SOBRE LA ADAPTACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y EL MERCOSUR

Como se afirmó, no existe una carta de derechos en el Mercosur. Todavía, todos los estados partes y asociados, con excepción de Venezuela, son también miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Surge con eso un deber de adaptación que debe ser conformado por el propio estado nacional, que hace su elección en cuanto al modo en que procederá dicha adaptación, que puede ocurrir por medios distintos, es decir, con revocación de leyes u otros actos normativos, modificación de decisiones judiciales, aprobación de una nueva ley u otro acto administrativo o, eventualmente, incluso con una reforma a la Constitución⁷¹.

Esa ausencia de una carta de derechos en el Mercosur no obsta que, en 2011, los cuatro estados parte de la entidad (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay) formularan una consulta, en los términos del artículo 64 de la Convención Americana (Opinión Consultiva) a la Corte Interamericana, cuya decisión fue pronuncia el 16 de agosto de 2014. Se trataba de 9 (nueve) cuestiones en materia de niños, niñas y adolescentes en situación ilegal de inmigración, con un pedido de interpretación de artículos⁷², en que la Corte, más allá de responderlas, termina afirmando su compromiso, como tribunal, con el “desarrollo progresivo de los derechos humanos”⁷³.

En ese sentido, a lo que quiero apuntar es que tal interpretación pasa a ser parte del bloque de convencionalidad americano y más aún para 4 (cuatro) estados además miembros y asociados del Mercosur, dado que no puede haber asimetrías en cuanto a la protección de derechos humanos. Eso porque, teniendo en consideración el principio democrático y la aplicación del principio de igualdad formal, se exige una aplicación isonómica del derecho, sea de fuente legal, administrativa o judicial. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos funciona para crear un *standard* jurídico, especialmente para el Mercosur.

órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria”.

⁷¹ Corte IDH. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

⁷² Arts. 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los arts. 1, 6, 8, 25 y 27 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 21: “En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta”.

Siendo así, cualquier legislación u otra decisión tomada por los estados nacionales solamente puede proceder a una ampliación de la protección de los derechos de los niños y niñas en referencia, teniendo en vista la relación entre el bloque de convencionalidad del principio *pro homine*.

Además, la decisión de la Corte se sitúa en un plano cooperativo entre diversos ordenamientos jurídicos concomitantes (locales, regionales y globales), ambientados en un constitucionalismo multinivel⁷⁴, que anhela la protección más eficiente de la persona humana y que de cierta forma nos proporciona una cierta esperanza contra los males practicados por los estados nacionales⁷⁵. En el plano de una protección multinivel de la persona humana, se informa más el proceso interpretativo o contenido de la norma jurídica que la fuente, propiamente. Aquellos ordenamientos jurídicos (domésticos, regionales, globales) se entrecruzan objetivando la protección de la persona humana.

Por otro lado, importa afirmar que la salida de Venezuela del Sistema Interamericano incumple con una cláusula democrática del Mercosur, teniendo en consideración la protección de los derechos humanos, tanto en el plano interno como internacional, debiendo cumplir un contenido mínimo a ser exigido por los demás estados partes del Mercosur, como se ha visto. Se aísla a Venezuela no solamente del Mercosur, sino también de la Comunidad Andina de Naciones y de la Unasur.

9. SÍNTESIS CONCLUSIVA

Se percibe que hay un proceso de integración sustancial en curso que interconecta los ordenamientos jurídicos comunicantes. Para ello, la llamada integración sustancial continúa siendo un desafío para continuar el análisis de la construcción de un *ius commune* latinoamericano y el modo cómo el derecho internacional y el derecho interno se comunican. Especialmente para el Mercosur, pues se trata

⁷⁴ PERNICE (2009), pp. 372-373. Para que “el concepto de constitucionalismo o concepto de constitucionalismo multinivel se centra en la relación de la legislación nacional y europea desde el punto de vista tanto de los Estados como de los ciudadanos. Suponiendo que en las democracias modernas los ciudadanos son la base y el origen de la autoridad pública y el poder de decisión, si provengan de instituciones nacionales, europeas o incluso mundiales, llegamos a un entendimiento de que los dos niveles de gobierno son elementos complementarios de un sistema que funciona para servir los intereses de sus ciudadanos, tanto a nivel nacional y europeo”.

⁷⁵ Aunque no hay adhesión al neoconstitucionalismo, vale la referencia de una visión esperanzadora del proceso de internacionalización de los derechos. FERRAJOLI (2003), p. 29.

de un tema crucial dados los riesgos que todavía corren la democracia y los derechos humanos.

En el ámbito de la integración estructural, no solo en las sentencias y fallos arbitrales en que los derechos humanos aparecen cuando se da aplicación del derecho mercosurino, sino también en las iniciativas relacionadas con la participación de los estados partes en la construcción de un derecho interamericano de los derechos humanos, como se hace por intermedio del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Mercosur, es crucial acompañar la evolución de las reglas en los más diversos ámbitos barajados, no solo para los mercados, sino para las personas y el respeto de sus derechos cuando de integración se trata.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ABRAMOVICH, Víctor (2007): “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.) (2007): *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (Buenos Aires, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto), pp. VI/VII.
- ARCARO CONCI, Luiz Guilherme (2008): “Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos”, en GUIMARÃES ROCHA, Maria Elizabeth y RIBEIRO MEYER-PFLUG, Samantha. (Org.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. (Brasília: Forense), pp. 23 y ss.
- _____ (2014): “O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana”. *Revista de Processo* (v. 232), pp. 363 y ss.
- ARELLANO, Feliz (2013): *La entrada de Venezuela al Mercado Común del Sur (Mercosur): Implicaciones políticas y económicas* (Caracas: IIDS), p. 2.
- BOGDANDY, Armin, FIX-FIERRO, Héctor y ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.) (2014): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. (Ciudad de México), pp. 3 y ss.
- BONILLA, Sergio Abreu (2012): “Una herida letal al Mercosur” *Documentos KAS* N° 1, octubre (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales). [Fecha de consulta: 8 de junio de 2015]. [Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_32450-1522-1-30.pdf?121228173727].

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (1999): *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (Porto Alegre: SAFE), Vol. II, p. 435.
- _____ (2003): *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. (Porto Alegre: SAFE), Vol. I, pp. 551-552.
- _____ (1999): “O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor: *México y las declaraciones de derechos humanos* (Ciudad de México: UNAM), p. 45.
- CHOUDHRY, Sujit (editor) (2006): *The migrations of constitutional ideas* (New York: Cambridge University Press), pp. 5 y ss.
- DA SILVA, Virgílio Afonso “Integração e diálogo constitucional na América do Sul”, en *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris), 2010, p. 519 y siguientes.
- DE CARVALHO RAMOS, André (2008): *Direitos humanos na integração economica*. Renovar (Rio de Janeiro, São Paulo, Recife), pp. 305-385.
- DELUCA, Santiago (2013): El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del laudo TPR n. 1/2012. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Working Paper n. 16, Madrid. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2015]. [Disponible en: www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-el%20mercosur.pdf].
- DE OLIVEIRA, Amâncio Jorge; ONUKI, Janina (2000): “Brasil, Mercosul e a segurança regional.” *Revista Brasileira de Política Internacional* (vol. 43, N° 2), pp. 108-129.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe (2010): *Oltre il dialogo tra le corti* (Bologna: Il Mulino), pp. 80.
- _____ (2011): “El diálogo entre tribunales”. *Teoría y Realidad Constitucional* (N° 28, 2011), p. 346.
- FERRAJOLI, L. (2003): “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. (Madrid: Editorial Trotta), p. 29.
- FERRER-MAC GREGOR, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. [Fecha de consulta: 08 de junio de 2015]. [Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>].
- FIGUEIREDO, Marcelo y GERBER, Konstantin: *The right to education, public hearing and strategic litigation in Brazil*. [Fecha de consulta: 8 de junio de 2015].

- [Disponible en www.iacl-aidc.org/en/blog/242-the-right-to-education-public-hearing-and-strategic-litigation-in-brazil].
- GARCÍA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* (Cizur Menor: Civitas), pp. 25 y ss.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS - Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (Nº 28, julio-diciembre de 2011), p. 139.
- HESSE, Konrad (1991): *A força normativa da constituição*. Traducción de Gilmar Ferreira Mendes (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor), pp. 13 y ss.
- MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LINAN, Aníbal (2001): Clasificando regímenes políticos na América Latina, 1945-1999 (Río de Janeiro, Dados) v. 44, n. 4, p. 650.
- MARQUES, Cláudia Lima (2001): “La insuficiente protección del consumidor en las normas de derecho internacional privado –establece la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”. *Revista dos Tribunais* (vol. 788), p. 30.
- MERCOSUR, Secretaría del (2006): *Segundo Informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales (2004)* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung), p. 18.
- NEVES, Marcelo (2010): “Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en VON BOGDANDY, Armin. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, T. I. (Ciudad de México, UNAM), p. 264.
- NINO, Carlos Santiago (1992): *Fundamentos de Derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea), p. 1.
- PERNICE, Ingolf E.A. (February 1, 2009): “The treaty of lisbon: multilevel constitutionalism in action”. *Columbia Journal of European Law* (Vol. 15, Nº 3/2009), p. 372-373.
- PINTO, Mónica (1997): “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*: (Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto), p. 163.
- PIZZOLO, Calogero (2010): *Derecho e integración regional* (Buenos Aires: Ediar), pp. 664 y ss.

- ROIG, Francisco Javier (2008): “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la ética pública”, en GARCÍA RODRÍGUEZ, Luis Fernando (Coord.): *Estudios en Homenaje al 60 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-2008)* (Ciudad de México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política), pp. 21-41.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (2003): “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*. (v. 44, n. 1), p. 199.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Barrios Altos vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, par. 16.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 63 y 6351.
- Gelman vs. Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia 88.
- La colegiación obligatoria de periodistas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC/5, 13 de noviembre de 1985, par. 52.
- MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión. Laudo n. 01/2012. Disponible en: www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012-es.pdf.