

DERECHOS HUMANOS Y MERCOSUR: ACTUALIDAD Y PROSPECTIVA

Víctor Bazán*

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Católica de Cuyo (Argentina)*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ITINERARIO PROPUESTO.- III. EL VALOR

* Catedrático de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Investigador Máxima Categoría de dicha Universidad. Autor, coautor y/o coordinador de alrededor de 70 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Profesor Invitado de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor en diversas Maestrías y otros programas de Posgrado en Universidades argentinas y extranjeras. Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo de Expertos en "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en "Pluralismo Jurídico", del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el que forma parte de su Junta Directiva. Miembro Correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro Extranjero de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la que ha desempeñado diversos cargos directivos. Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Honduras, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN: 1. Derechos humanos. 2. Democracia.- IV. REPASO DE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CIERRE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR: 1. Breve planteo del tema. 2. Señalamiento normativo y jurisprudencial. 3. Un acercamiento al escenario venezolano.- V. ESQUEMA INSTITUCIONAL BÁSICO PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR: 1. Preliminar. 2. En torno al Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos.- VI. ALGUNOS ASUNTOS ADICIONALES CONCRETOS EN PUNTO A LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROCESO INTEGRATIVO EN EL MERCOSUR.- VII. LAS IMÁGENES QUE PROYECTA LA "CLÁUSULA DE LOS DERECHOS HUMANOS" EN EL MERCOSUR: 1. El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur. 2. Referencia en particular a algunas pautas subrayadas por el Protocolo de Asunción.- VIII. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL MERCOSUR: 1. Aclaración liminar. 2. La importancia, al menos discursiva, de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. 3. Otras instancias útiles para contribuir a fortalecer el perfil social del Mercosur. 4. Colofón.- IX. REFERENCIA ENUNCIATIVA A ALGUNOS CASOS EN LOS QUE LA TEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CIERTOS CARACTERES DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ESTUVIERON PRESENTES EN LA CONSIDERACIÓN DE INSTITUCIONES DEL MERCOSUR: 1. Pórtico. 2. Los casos.- X. DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE LOS TRIBUNALES O CORTES SUPREMOS Y LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, ADEMÁS DE LA INTERLOCUCIÓN DE LA CORTE IDH.- XI. EPÍLOGO.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos y Derecho de la integración regional; Democracia; Estado Constitucional de Derecho; MERCOSUR; Justicia constitucional; Diálogo interjurisdiccional; Derecho comparado latinoamericano; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RESUMEN

A más de dos décadas de la firma del Tratado de Asunción, se torna preciso intentar un balance respecto de algunos problemas y desafíos que presenta el Mercosur, en particular respecto del modo de articular, *inter alia*, la liberalización comercial y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales que el proceso de integración persigue (al menos discursivamente), con la cabal protección de los derechos

humanos y la existencia de modelos democráticos sustentables en cada uno de los Estados que componen o pretenden incorporarse a dicho esquema integrativo mercosureño.

I. INTRODUCCIÓN

Más de dos décadas de vigencia de la iniciativa integrativa prefigurada en el Tratado de Asunción¹ firmado el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, representan un segmento temporal prudencial para intentar un acercamiento a uno de los problemas centrales de todo proceso de integración: el modo de articular la liberalización comercial, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, etc., que el intento de integración persigue, con el cabal resguardo de los derechos humanos que, sin duda, constituye un imperativo axiológico insoslayable.

En nuestra percepción, *democracia y derechos humanos* (operando en la lógica del *Estado Constitucional*²) funcionan como pre-requisitos para la progresiva y sólida edificación de un espacio regional integrado del tenor del Mercosur.

¹ Cuyo nombre oficial es “Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay”. Entró en vigor el 29 de noviembre de 1991.

Además de los citados Estados Partes, existen varios *Estados Asociados*: i) Chile formalizó su asociación al Mercosur el 25 de junio de 1996 con la firma del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) Mercosur-Chile; ii) Bolivia hizo lo propio el 17 de diciembre de 1996, por medio de la suscripción del ACE Mercosur-Bolivia; iii) Perú alcanzó aquel *status* en 2003 por medio del ACE Mercosur-Perú; y iv) por su parte, Colombia, Ecuador y Venezuela concretaron su asociación en 2004, por conducto del ACE Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela.

Con respecto a este último Estado, el 4 de julio de 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, el que hasta el momento ha sido ratificado por Argentina, Brasil y Uruguay, restando que Paraguay haga lo propio. El art. 12 de dicho Protocolo lo cataloga como “instrumento adicional al Tratado de Asunción” y determina que entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación.

² Desde luego, la importancia del tema no ha pasado inadvertida. Por citar sólo un ejemplo, por medio de la Decisión del Consejo Mercado Común (CMC) N° 24/2004, vigente desde el 7 de julio de ese año, se dispuso la “Creación del Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho”, con la finalidad de analizar y afianzar el desarrollo del Estado, la gobernabilidad democrática y todos los aspectos vinculados a los procesos de integración regional, con especial énfasis en el Mercosur.

El citado instrumento jurídico no requería incorporación a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes en tanto reglamenta aspectos de la organización o el funcionamiento del Mercosur, de conformidad con el art. 5, inc. ‘a’, de la Decisión N° 23/2000 del CMC.

Desde hace mucho tiempo venimos insistiendo en que tales elementos son recaudos imprescindibles en cualquier intento serio de integración supranacional, y sustento esencial de su legitimidad³; así como condiciones inevitables para el ingreso y/o la permanencia de los Estados en la organización integrativa en cuestión.

En línea con ello, no estarán ausentes aquí algunas consideraciones acerca de la importancia de articular las relaciones entre los órganos de clausura de la justicia constitucional en los respectivos Estados Partes y el Mercosur, lo que ha sido entendido como *conditio sine qua non* para el discurso constitucional contemporáneo, pues –como indica Ferreira Mendes– el “fenómeno de la internacionalización intensa en las relaciones multilaterales termina teniendo un efecto irradiador sobre todo el sistema constitucional”⁴.

Por lo demás, desde el punto de vista metodológico este trabajo será descriptivo pero también prescriptivo, en tanto nos animaremos a plantear ciertas cuestiones problemáticas e intentaremos aportar algunas modestas sugerencias dirigidas fundamentalmente al mejoramiento de la protección y la realización de los derechos esenciales en el contexto integrador.

II. EL ITINERARIO PROPUESTO

Más allá de las consideraciones preliminares de contextualización efectuadas en el apartado anterior y la hoja de ruta que anunciaremos a partir de ahora (ap. II), en el presente ensayo nos proponemos explorar de manera principal los siguientes núcleos temáticos:

En el primero (ap. III), enfocaremos la importancia de los derechos humanos y la democracia en los procesos de integración, relevando algunos aspectos de la cuestión tanto en el Mercosur como en la Unión Europea (UE).

Ya en el segundo de ellos (ap. IV) nos detendremos en la relevante cuestión de la relación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno desde la perspectiva constitucional de los Estados Partes del Mercosur, y algunas líneas jurisprudenciales que sobre tal materia y la referida al derecho de la integración vienen hilvanando los respectivos órganos máximos de la jurisdicción constitucional; ámbito

³ Ver V. Bazán, por ejemplo y sin perjuicio de algún trabajo anterior, en “El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho*, 10 de diciembre de 1998, Buenos Aires, pp. 10-16.

⁴ G. Ferreira Mendes, “A justiça constitucional nos contextos supranacionais”, *Direito Público*, n° 8, Brasília, 2005, p. 57.

temático en el que incluiremos una alusión al caso venezolano, que pugna por ingresar al *Mercosistema* como miembro pleno.

El tercer bloque (ap. V) nos dará la oportunidad de visualizar el esquema orgánico básico para la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto integrador, abordando principal pero no exclusivamente el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur.

Algunos aspectos adicionales concretos en torno a la relación de los derechos humanos y el proceso integrador regional serán focalizados en el cuarto segmento (ap. VI).

A su tiempo, el quinto nudo de temas (ap. VII) girará en torno a la "Cláusula de derechos humanos del Mercosur" que viene vehiculada por el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur; además de efectuar diversas apreciaciones sobre facetas de importancia en los ámbitos integrador y de los Estados Partes, como las relativas a la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos, y a la importancia de los derechos económicos, sociales, culturales, que resultan esenciales para el respeto de la dignidad de la persona en el Estado Constitucional, el sistema internacional de protección de derechos humanos y, por supuesto, los enclaves donde germinan el derecho de la integración regional o el derecho comunitario.

En estrecha vinculación con ello, la siguiente fracción de asuntos que concitará nuestra atención (ap. VIII) versará sobre el imprescindible afianzamiento de la dimensión social del Mercosur, teniendo en cuenta la importancia del desarrollo humano con justicia social, la necesaria cohesión social en la región y la conveniencia de pugnar por una participación ciudadana articulada. Naturalmente, ello supondrá aproximarse al denominado 'Mercosur Social', apuntando primordial mas no únicamente, al Instituto Social del Mercosur.

En el séptimo tramo temático que compone el nudo de este trabajo (ap. IX), aludiremos a modo de elementos testigo a un laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur emitido el 6 de octubre de 2006 y a la Opinión Consultiva n° 1/2007 dictada por el Tribunal Permanente de Revisión el 3 de abril de 2007. Tales pronunciamientos se refieren, respectivamente, a ciertos trazos de interactividad entre los derechos humanos y el derecho de la integración (el laudo) y a la catalogación de determinados caracteres del derecho integrativo mercosureño (la opinión consultiva).

De su lado, la posibilidad de entablar un diálogo jurídico entre los Tribunales o Cortes Supremos, los órganos del Mercosur y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ocupará nuestra atención en el octavo paso que daremos para desandar el camino propuesto (ap. X).

El cierre del trabajo (ap. XI) vendrá de la mano de algunas valoraciones conclusivas, que se unirán a otras que serán intercaladas en el cuerpo del mismo.

III. EL VALOR SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

1. Derechos humanos

Se ha indicado que los derechos humanos deben desempeñar diversas funciones en los procesos de integración comunitaria, identificándose *mutatis mutandi* en función de la experiencia europea, cuatro dimensiones: **i)** como fundamentos o bases de la integración; **ii)** como principios de cuya observancia depende la incorporación o la permanencia de un Estado en el acuerdo de integración; **iii)** como valores que deben ser promovidos, y **iv)** como exigencias que han de ser respetadas por las instituciones y el ordenamiento comunitario⁵.

Desde nuestro punto de vista, los derechos humanos (también la democracia) son instrumentos de legitimación y validación de los procesos de integración, y contribuyen a que éstos se construyan sobre firmes soportes de sustentación jurídica y axiológica. Es que la integración no es una abstracción, sino que se concreta *por y para el ser humano y los grupos sociales*, por lo que los derechos fundamentales funcionan como límites a la actuación de los órganos de la estructura integrativa.

Con la mira puesta en la actualidad y la prospectiva del Mercosur, se revela conveniente dotar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a los restantes instrumentos internacionales que componen el *corpus juris* básico en materia de derechos humanos, de un *carácter vinculante* en el ámbito institucional de aquel esquema de integración, sea en el presente estadio signado por un ligamen exclusivamente intergubernamental o en una potencial intensificación del vínculo integrativo que lleve a la creación de un tribunal de justicia con matriz supranacional.

La idea no es que las instituciones competentes del Mercosur en su actual esquema funcional o en un futuro órgano jurisdiccional comunitario

⁵ Ver J. M. Casal, "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, Año 3, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2005, pp. 255 ss.

(al estilo del actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– de acuerdo con el Tratado de Lisboa⁶ –TL–) reemplacen o eclipsen a los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino que complementen la actividad de éstos en la medida de su competencia y sin perder de vista el propósito para el que fueron implementados, que enraíza respectivamente en la lógica del derecho de la integración o en la del derecho comunitario.

La CADH es el instrumento toral de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, siendo común a los Estados Partes del Mercosur. De hecho, Argentina lo ratificó y reconoció la competencia de la Corte IDH en 1984; Uruguay en 1985; Paraguay en 1989 y 1993, y Brasil en 1992 y 1998, respectivamente. Tales países hicieron lo propio también en la década de los ‘80 del siglo pasado con otros fundamentales instrumentos internacionales en la materia adscriptos al modelo universal de protección perteneciente a la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Aquella vinculatoriedad de la CADH en el espacio integrado sería valiosa y útil para evitar posibles conflictos ante cualquier potencial dualidad jurisdiccional, y un doble estándar en lo tocante a la interpretación y la aplicación en materia de derechos humanos por parte del ó los órgano/s competente/s mercosureño/s y la Corte IDH.

Retomando el análisis y el alcance de la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” a la que aludiéramos líneas arriba, vale acudir a O’Donnell para quien tal denominación es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional⁷. En ese sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99⁸, específicamente en el párr. 115, sostuvo: “*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...*”.

En línea convergente se aprecia que en la Opinión Consultiva O.C.-

⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007. El TL entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁷ D. O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, de 1 de octubre, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Serie A, n° 16.

17/2002⁹, el Tribunal Interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el ‘*corpus iuris*’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...” –énfasis agregado– (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Cabe recordar que en el contexto europeo y en cuanto a la articulación del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, hoy TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y con bastante anterioridad al Tratado de Lisboa, las dificultades que se presentaban en materia de derechos fundamentales procuraron ser salvadas a partir de la incorporación de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLF), moción que recibiera un revés impulsado por la Opinión Consultiva O.C.-2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996.

El TJCE se expidió negativamente ante tal posibilidad, mas basándose de modo principal en un obstáculo competencial, pues entendió que la mentada incorporación entrañaría un cambio sustancial en los sistemas comunitario y de protección de los derechos humanos en la Comunidad, lo que tendría implicaciones institucionales fundamentales para ésta y los Estados Miembros, excediendo el propósito y el alcance del art. 235 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), posteriormente reenumerado como art. 308 del mismo Tratado.

Añadió que dicha hipótesis sólo podría haber tenido viabilidad a partir de una reforma del Tratado (*vid.* párrs. 34 y 35), pues en el momento en que se pronunció el Tribunal la Comunidad carecía de competencia para acceder a la mencionada Convención desde que ninguna previsión del Tratado acordaba un poder de tal magnitud a las instituciones comunitarias (párrs. 36 y 27).

Mencionábamos que la negativa del TJCE se centró argumentalmente en la existencia de un óbice de índole competencial, ya que, a pesar de la conclusión a la que arribó, recalcó la importancia del respeto por los derechos humanos, lo que ha sido enfatizado en numerosas declaraciones de los Estados Miembros y de las instituciones comunitarias (explayándose en la reseña de tales antecedentes en el ap. III.5 de la Opinión), además de lo manifestado por el Preámbulo del Acta Única Europea y en diversas normas del TCE (*vid.* párr. 32 de la O.C.). Asimismo, remarcó como bien conocido que los derechos fundamentales forman parte de los principios

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/2002, de 28 de agosto, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Serie A, n° 17.

de Derecho cuya observancia el Tribunal asegura, declarando que el CEPDHLF tiene un significado especial, reenviando a lo resuelto *in re* C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925, párr. 41 (véase el párr. 33 de la O.C.). Agregó que “*el respeto por los derechos humanos es, por lo tanto, condición de legalidad de los actos comunitarios*” (cfr. párr. 34).

Si en un ejercicio imaginario extrapoláramos la frustrada iniciativa europea al contexto mercosureño podría pensarse -como se ha postulado¹⁰- en una futura incorporación del Mercosur a la CADH, para aplicar en este campo la jurisprudencia derivada de los órganos del sistema interamericano. Sin perjuicio de ello, y a modo de matización de la propuesta, habría que meritar si ésta no requeriría una modificación de la CADH para allanar el acceso de una estructura integrativa distinta de un Estado, debiendo igualmente tomarse en consideración la facultad-advertencia que se plasma en el art. 5 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Sea como fuera que continúe delineándose el destino vivencial del Mercosur en esta materia (y aún cuando no se concretase la incorporación a la que refiriéramos), estamos persuadidos de que los estándares fijados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos deben ser acatados *individualmente* y ‘*ad intra*’ por los Estados Partes del Mercosur y, ya focalizando la dinámica del bloque regional, por los *órganos de este proceso de integración*.

Del mismo modo, si surgiera algún conflicto hermenéutico en el marco integrativo acerca del alcance de una norma atinente a la problemática de los derechos humanos, cualquiera de los Estados que hacen parte del contexto mercosureño podría acudir a la Corte IDH solicitándole una opinión consultiva, pues tal vertiente competencial del Tribunal Interamericano -específicamente en su aspecto material- resulta lo suficientemente laxa como para acoger una solicitud en tal sentido.

Al respecto, no debe olvidarse la previsión contenida en el art. 64.1 de la CADH, cuya literalidad desnuda la intención de separarse del alcance restrictivo que el art. 1 del Protocolo n° 2 del CEPDHLF¹¹ consagró, tal como se aclara en el párr. 46 de la Opinión Consultiva O.C.-1/82 expedida

¹⁰ G. Bidart Campos y S. Albanese, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 24.

¹¹ El Protocolo n° 2 fue sustituido por medio del Protocolo n° 11, que entrara en vigor en noviembre de 1998, y cuyo art. 1 consagró un nuevo Título II de dicho Convenio (que reemplaza, además del indicado Protocolo, a los anteriores Títulos II a IV del Convenio). Ilustrativamente, debemos mencionar que el art. 47.1 del Convenio -manteniendo el sesgo restrictivo-, estipuló que el TEDH podría emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, “*acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos*”.

por la Corte IDH el 24 de septiembre de 1982¹². Y, conectado con lo que expresáramos anteriormente en cuanto a la factibilidad de acudir en consulta a la Corte Interamericana, ésta sostuvo unánimemente en tal parecer que su competencia consultiva “*puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano*”¹³ -bastardillas nuestras-.

Por lo demás, si bien no existe acuerdo en torno al carácter vinculante de las opiniones consultivas, en cualquier caso éstas son generadoras de significativos efectos jurídicos, a la manera como la propia Corte dejara sentado en su Opinión Consultiva O.C.-15/97¹⁴.

Enfocando nuevamente la praxis europea, se aprecia que el art. 1.3 del TL inserta en el Tratado de la Unión Europea (TUE) el art. 1 bis, que dispone que la UE “*se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*”; valores que estima comunes a los Estados Miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Por lo demás, el art. 1.8 del TL sustituye el texto del art. 6 del TUE señalando en su ap. 1) que la Unión “*reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000*”, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, “*la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”, mientras que en sus aps. 2) y 3) prescribe, respectivamente, que la “*Unión se adherirá al CEPDHLF y que justamente los derechos fundamentales que garantiza dicho Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*”.

En paralelo, el art. 59.2 del CEPDHLF establece que la UE podrá

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-1/82, de 24 de septiembre, “‘Otros Tratados’ Objeto de la Función Consultiva de la Corte” (art. 64 de la CADH), Serie A, n° 1.

¹³ *Ibidem.*, punto primero de la opinión. Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, ver V. Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en G. Bidart Campos *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, T° I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 91/165.

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-15/97, de 14 de noviembre, “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (art. 51 de la CADH), Serie A, n° 15, párr. 26.

adherirse a dicho Convenio. Ello de acuerdo con el texto que entrara en vigor el 1 de junio de 2010, en función del Protocolo n° 14 a dicho Convenio.

El cuadro descrito constituye una relevante señal axiológica y jurídica transmitida desde el plano normativo que, de cara al futuro, es de anhelar se vea plasmada también en la cotidianeidad fáctica. Asimismo cabe esperar que, a su tiempo y salvando las distancias y asimetrías evidentes entre ambos procesos (UE y Mercosur), el despliegue vivencial europeo en este campo ilumine el camino para que la experiencia mercosureña pueda nutrirse de él sin perjuicio de imprimirle a su recorrido una impronta fraguada al calor de su propio signo identitario.

2. Democracia

Si bien la Carta Democrática Interamericana (CDI) no tiene naturaleza convencional, en tanto se implementa a través de una Resolución de la Asamblea General de la OEA (aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001), deviene importante en la dinámica progresivamente evolutiva del derecho internacional ya que fue preconcebida como un instrumento para precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la OEA y en los instrumentos básicos concordantes relativos a la preservación y la defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida.

En línea con lo que puntualizábamos, la propia CDI se encarga de reafirmar que *“la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”*, y de reconocer *“la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”*.

De su lado, debe computarse otro instrumento significativo y de textura convergente, ya propio del marco mercosureño. Nos referimos al Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, suscripto el 24 de julio de 1998 por los cuatro Estados fundadores además de Chile y Bolivia y la adhesión, en 2005, de Venezuela y Perú, y en 2007 de Ecuador. Su art. 1 es particularmente relevante pues reconoce que *“la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración”*, además de que *“toda alteración o ruptura del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad de ese proceso”*.

La cláusula en cuestión fue invocada por los Estados más fuertes del Mercosur en ocasión de la crisis política que vivió Paraguay en 1996. Ello sirvió como disuasivo para desactivar una rebelión militar creciente en ese país, previa admonición de exclusión de Paraguay del Mercosur si no

se respetaba el compromiso democrático.

Pero además, desde nuestro punto de vista, esta premisa de respeto por la democracia también debería funcionar como un parámetro riguroso para ponderar el ingreso de Venezuela al Mercosur, pues la fuerte impronta autoritaria que el gobierno de ese país imprime a su gestión contradice frontalmente las exigencias democráticas¹⁵, salvo que por democracia se entienda sólo el hecho de votar periódicamente, es decir, se la reduzca a un mero ejercicio electoral.

Por último, es igualmente válido tomar en consideración que en la Declaración Presidencial de Las Leñas¹⁶, de 27 de junio de 1992, se puntualizó que “*la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur*” –el remarcado nos corresponde–.

IV. REPASO DE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CIERRE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR

1. Breve planteo del tema

En este sector del trabajo analizaremos la sensible cuestión de la relación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno desde la perspectiva constitucional de los Estados Partes del Mercosur y algunas líneas jurisprudenciales que sobre tal materia y la referida al derecho de la integración vienen trazando los respectivos órganos de clausura de la jurisdicción constitucional.

Valorar críticamente las respuestas normativas y los estándares jurisprudenciales que al respecto existen en los Estados que originariamente dieron vida al Mercosur, sin omitir –en la parte final del

¹⁵ Desde nuestro punto de vista, dicha prevención también aplica ante una eventual incorporación de Ecuador al Mercosur. Al respecto, debe hacerse notar que por medio de la Decisión n° 38/2011 del CMC, de 20 de diciembre, se dispuso constituir un Grupo de Trabajo *Ad Hoc*, integrado por representantes de los Estados Partes del Mercosur, para definir, en conjunto con la delegación de la República del Ecuador, los términos para la incorporación de ésta como Estado Parte del Mercosur.

¹⁶ Suscripta por los Presidentes de los cuatro Estados Partes del Mercosur.

presente— una referencia a Venezuela que pugna por ingresar al esquema, puede resultar fructífero no sólo en la presente etapa de desarrollo del proceso sino también de cara a una eventual evolución hacia una fase más demandante que lleve a la creación de estructuras supranacionales (como un tribunal de justicia).

Los Tribunales y Cortes Supremos de Justicia tienen un rol muy importante en la tutela y la realización de los derechos humanos en el contexto de los procesos de integración.

Como *mutatis mutandi* se ha puntualizado, el ejemplo europeo muestra que sin el aporte de los Tribunales Constitucionales tal vez nunca el TJCE [hoy TJUE] hubiese desarrollado una doctrina para la protección de los derechos fundamentales. Y, aunque sea muy difícil pensar en términos de suposiciones históricas, sería igualmente dudoso que la integración europea evolucionase hacia un nivel de unión monetaria si los Tribunales Constitucionales no hubiesen colaborado con las instituciones comunitarias¹⁷.

En el subapartado siguiente examinaremos sucesivamente (utilizando un orden alfabético) los casos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; mientras que en el último tramo de este sector del ensayo, como anticipáramos, repasaremos la situación venezolana.

2. Señalamiento normativo y jurisprudencial

2.1. Argentina

a) En cuanto al rango de los documentos internacionales en la órbita normativa interna, se ha dado un importante paso, pues la reforma constitucional de 1994 ha adjudicado a los instrumentos internacionales (incluidos los de integración y las normas que se dicten en su consecuencia) una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* -art. 75, incs. 22, párr. 1º, y 24-, al tiempo de haber acordado jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el art. 75, inc. 22, 2º párr.¹⁸) y de prefigurar idéntica cotización a los que en el

¹⁷ G. Ferreira Mendes y G.R. Bandeira Galindo, “Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos Tribunais Constitucionais”, accesible en www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf.

¹⁸ La atribución de *jerarquía constitucional* se hizo en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales citados en el aludido párr. 2º del inciso analizado, además de consignar que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la parte dogmática) y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Asimismo, en el párr. 3º de ese inciso se ha estatuido el procedimiento para adjudicar tal valencia, luego de su aprobación por el Congreso, a otros

futuro el Congreso decida atribuírselas (párr. 3º de dicho inciso¹⁹).

Por tanto, podría decirse coloquialmente que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional originaria y otros que receptan jerarquía constitucional derivada.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley Fundamental, se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la CADH; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los unguidos con valencia constitucional *ex post*, se cuentan la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal magnitud constitucional por conducto de la Ley n° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley n° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

A su tiempo, por imperio del aludido artículo constitucional 75, inc. 24, párr. 1º, se faculta al Congreso “a aprobar tratados de integración que *“deleguen” competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, advirtiendo que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”*.”

En consecuencia, el precepto mencionado en último término ha brindado habilitación constitucional, por ejemplo, para la creación de tribunales supranacionales receptores de la jurisdicción delegada, terminología que,

tratados y convenciones sobre derechos humanos más allá de los que la Ley Fundamental nomina primigeniamente.

¹⁹ Sobre este punto, entre otros trabajos de Víctor Bazán, ver sobre la cuestión en el derecho comparado, “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica”, en R. Velásquez Ramírez y H. Boadilla Reyes (coords.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, Memoria de la VIIª Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007), Grijley, Lima, 2007, pp. 269-307.

más allá de alojar alguna imprecisión, ha sido la escogida por la Norma Básica.

Además, la disposición nombrada (en su párr. 2º) ha efectuado una distinción en cuanto al procedimiento y a las mayorías parlamentarias requeridas para la aprobación de dichos tratados si éstos son suscriptos con Estados latinoamericanos o con otros que no lo sean: *i*) en el primero de los casos, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara; *ii*) mientras que en el último, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y como primer paso, se declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y, a modo de segunda fase, será aprobado el mismo sólo con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Asimismo, en el párr. final del art. 75, inc. 24, se establece que la denuncia de los tratados a que se refiere el inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

A riesgo de resultar redundantes, vale subrayar que se ha constitucionalizado la exigencia de *respeto por el orden democrático y los derechos humanos* para la aprobación de tratados de integración delegativo de competencias, con lo cual se pone el acento en recaudos básicos e imprescindibles que ostentan categoría de *ius cogens*.

b.1) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). La doctrina judicial de la CSJN viene acompañando sostenidamente, al menos desde 1992 (*in re* “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo y otros”²⁰), el sitio preferente que los instrumentos internacionales ostentan de cara al derecho vernáculo²¹; tópico luego cristalizado por la citada innovación constitucional de 1994.

b.2) Convergentemente, se hace patente la permeabilidad de la CSJN respecto del control de convencionalidad²². Así, los magistrados

²⁰ Fallos, 315:1492 (7 de julio de 1992).

²¹ Acerca del tema, *vid.* V. Bazán, “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, n° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315-373; y más recientemente “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, n° 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359-388.

²² En torno a la cuestión, puede compulsarse V. Bazán, por ejemplo en “Corte Interamericana de Derechos Humanos y cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 16, 2º Semestre de 2010, 2011, pp. 15-44; y “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”, *La Ley*, Buenos Aires, 4 de abril de 2012, pp. 1-9.

jurisdiccionales y por supuesto la propia Corte -como cabeza de poder y máximo referente del Poder Judicial-, deben llevar adelante (incluso *ex officio*) el análisis de compatibilidad convencional de la normativa interna que apliquen en casos concretos, teniendo como base referencial insoslayable el *principio pro persona* y algunos lineamientos hermenéuticos emergentes del art. 29 de la CADH.

En este punto puede verificarse que la CSJ argentina ha sido una de las pioneras entre las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas en receptar el control de convencionalidad. De hecho, poco tiempo después del dictado de la sentencia en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*²³ en la que se utilizó por primera vez en forma plenaria tal expresión²⁴ (una “especie de control de convencionalidad”), el Máximo Tribunal nacional se pronunció en la causa *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e*

²³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 154. Ver principalmente el párr. 124 de la sentencia.

²⁴ Antes de ello, el ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie c, n° 101), utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la corte (párr. 27). Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el *Caso Tibi vs. Ecuador* (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, serie c, n° 114), el nombrado jurista -luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los Tribunales Constitucionales- señaló que aquélla *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los estados partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3). por su parte, en un voto razonado elaborado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras* (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, serie c, n° 141), y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la convención -es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-, debe explorar las circunstancias *de jure y de facto* del caso (párr. 30). Luego, en el voto razonado pronunciado en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie c, n° 155), resuelto el mismo día que el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, el varias veces citado ex magistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la convención americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

*inconstitucionalidad*²⁵, el 13 de julio de 2007, donde por mayoría²⁶ acogió expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de aquel fallo, siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante de nuestra Corte Suprema en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*.

En línea convergente, en un reciente fallo, *in re Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*²⁷, de 31 de agosto de 2010, la CSJN se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*,²⁸ recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo 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” -remarcado agregado- (id. consid.).

Ello marca de manera ostensible el expreso recibimiento del control de convencionalidad de oficio por parte del Alto Tribunal argentino; al tiempo que se percibe el mensaje que éste transmite a los órganos judiciales inferiores para que se conduzcan en sentido coincidente, en ejercicio de sus atribuciones-deberes de llevar adelante los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad.

b.3) Para conectar este repaso jurisprudencial con la temática del Mercosur y su dimensión social vinculada con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), traeremos a colación al solo efecto ilustrativo el caso *Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro*²⁹. Rápidamente expuesta la cuestión, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, admitió el reclamo por daños y perjuicios, basado en el Código Civil, realizado por los padres de un trabajador fallecido en un incendio producido en las oficinas en las que prestaba servicios. De tal manera, condenó a la empleadora del difunto y a “La Caja Aseguradora

²⁵ Fallos, 330:3248.

²⁶ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el juez Fayt y en disidencia parcial lo hizo la Dra. Argibay.

²⁷ Fallos, 333:1657.

Votaron de modo coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

²⁸ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, n° 158, párr. 128.

²⁹ Fallos, 332:709, de 31 de marzo de 2009.

de Riesgos del Trabajo S.A.”, fundándose en que ésta había incumplido los deberes a su cargo en materia de seguridad en el trabajo.

Ante ello, la empresa aseguradora dedujo recurso extraordinario, el que fue denegado, motivando la queja ante la CSJN, que la desestimó por mayoría³⁰. La resolución forjada por la posición mayoritaria del Tribunal tiene ribetes interesantes, por lo que reseñaremos aquí algunos de sus aspectos salientes vinculados con el tema de esta investigación. En primer lugar, dejó sentado que la Ley n° 24.557³¹, de Riesgos del Trabajo (LRT), para alcanzar el objetivo que entendió prioritario: “*la prevención de riesgos laborales*, introdujo e impuso un nuevo sujeto: las *Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART)*” –consid. 6°–. Juzgó que las ART, no obstante ser entidades de derecho privado (de acuerdo con el art. 26.1 de la LRT), se exhiben como destacados sujetos coadyuvantes para la realización plena y efectiva de las finalidades de prevención de los accidentes y enfermedades laborales (consid. 7°).

Así, el Tribunal precisó que tales aseguradoras poseen notoria proyección, al menos, en tres planos (cfr. el citado consid. 7°): “*individual, social e internacional*”.

Respecto de esta última dimensión (*internacional*), explicó que ante el cúmulo de obligaciones internacionales asumidas por el Estado, “*la labor coadyuvante de las ART constituye un factor de alto peso para que aquél satisfaga fielmente los aludidos compromisos y no incurra en responsabilidad internacional*”. En ese sentido, trajo a colación las Observaciones finales al informe periódico de la Argentina, que el Comité de DESC aprobó el 8 de diciembre de 1994, y en las Observaciones finales al segundo informe periódico de nuestro país, de 1 de diciembre de 1999.

Asimismo, puntualizó que el singular interés del citado Comité respecto de la seguridad y la salud³² en el trabajo se ve reforzado mediante su requerimiento a los Estados para que, a fin de cumplir con la obligación dispuesta en los arts. 16 y 17 del PIDESC, le proporcionen información relativa a la sanidad y la seguridad laborales, lo que se explica, por cuanto los Estados Partes de ese Pacto “*deben formular, aplicar y revisar*

³⁰ Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: la posición triunfante correspondió a los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni; en voto conjunto se pronunciaron las ministras Highton de Nolasco y Argibay; y en disidencia lo hizo el Dr. Lorenzetti.

³¹ B.O. de 4 de octubre de 1995.

³² Para ampliar sobre el tema del derecho a la salud en nuestro país, ver V. Bazán, por ejemplo, en “*Justicia constitucional y protección del derecho fundamental a la salud en Argentina*”, *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*, T° III, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, Ciudad de Guatemala, 2011, pp. 233-288; y, más recientemente, “*El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia*”, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 4 de abril de 2012, pp. 3-68.

periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales” (Comité de DESC, Observación General n° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’ [art. 12], 2000, HRI/GEN/1/Rev. 6, párr. 36).

Además, y entre otros instrumentos internacionales -en este caso de *soft law*- citó la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*, suscripta en Brasilia el 10 de diciembre de 1998, cuando en su art. 17 expresa: “*Todo trabajador tiene el derecho de ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional. Los Estados Partes se comprometen a formular, aplicar y actualizar en forma permanente y en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, políticas y programas en materia de salud y seguridad de los trabajadores y del medio ambiente de trabajo, a fin de prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores”*.

Saliendo del examen del extenso consid. 7° reseñado, desde un perfil convergente -y citando la Opinión Consultiva O.C.-18/03³³, de 17 de septiembre de 2003-, ya la moción mayoritaria había sostenido en el consid. 4° que el trabajo, para el que lo presta, “*debe ser una forma de realización y una oportunidad para que (...) desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano”*; premisa que la mayoría del Tribunal en este punto considera “*una manifestación que se corresponde, directamente, con la Constitución Nacional, para la cual, amén de lo que establece en su art. 14 bis, lo que cuenta es el ‘desarrollo humano’ y el ‘progreso económico con justicia social’ (art. 75.19)”*.

Sumamos una última acotación para poner de manifiesto que en el *Caso Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo*³⁴, resuelto por la CSJ el 7 de diciembre de 2010, donde estaba en juego el análisis de una supuesta discriminación laboral, el Tribunal aludió *unánimemente* para conformar su razonamiento a la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*, específicamente en la parte que -luego de prever que todo trabajador “*tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamientos y oportunidad en el empleo y ocupación (...) en conformidad con la disposiciones legales vigentes”*- dispone que los Estados Partes “*se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación(...)*” (art. 1)³⁵.

³³ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, Serie A, n° 18.

³⁴ *Fallos*, 333:2306.

³⁵ Decimos *unánimemente* porque pese a que el fallo se dictó con mayoría de los ministros

2.2. Brasil

a) Una advertencia preliminar que corresponde realizar consiste en recordar que el escenario jurídico brasileño no cuenta con reglas constitucionales que claramente fijen la ubicación de los instrumentos internacionales *vis-à-vis* el ordenamiento jurídico interno; situación que no deja de ser problemática en tanto puede originar oscilaciones jurisprudenciales al calor de intercadencias interpretativas.

b) El art. 4 de la Ley Fundamental de 1988, cláusula de clara inspiración portuguesa, presenta algunas líneas interesantes en relación con varios aspectos del tema que abordamos, al enumerar los principios que rigen las relaciones internacionales de dicho país.

En ese sentido, pueden resaltarse las siguientes: prevalencia de los derechos humanos (II); defensa de la paz (VI); solución pacífica de los conflictos (VII); repudio del terrorismo y del racismo (VIII); cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad (IX); concesión de asilo político (X). Y a ello se añade el párrafo único que dispone: “La República Federativa del Brasil buscará la *integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina*, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” –destacado nuestro–.

Si bien todos los elementos del art. 4 enunciados son trascendentes, dos de ellos resultan singularmente significativos a los fines de este trabajo: *i*) la prevalencia de los derechos humanos; y *ii*) la búsqueda de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

A éstos cabe añadir la especificación del valor de la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado Democrático de Derecho (art. 1. III) y varios contenidos del extensísimo art. 5, sobre los que volveremos.

c) Moviéndonos hacia el campo de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal –STF–, y a salvo ciertas excepciones –por ejemplo, en punto al art. 98 del Código Tributario Nacional y en materia de extradición–, tradicionalmente ha primado el criterio en función del cual entre ley federal y tratado internacional existe *paridad jerárquica*, es decir, que en cualquier caso este último tendría siempre cotización infraconstitucional y en ocasiones podría ser inaplicable al quedar desplazado por la preferente valía de la ley interna, ya que en supuesto de conflicto resultaría operativa

Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, quienes aludieron a la *Declaración Sociolaboral del Mercosur* en el consid. 3º; la referencia a la misma también aparece en la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay (consider. 7º). En otras palabras, los siete miembros actuales de la CSJN avalaron la inclusión referencial del citado instrumento internacional en la sentencia aludida en el texto.

la pauta de *sucesión normativa*, o sea, que la norma posterior derogaría a la anterior, o la de *especialidad*, en cuanto a que la norma especial se impondría sobre la general.

En realidad, tal solución reconoce como génesis el acople de dos precedentes: uno, de 1971, ventilado en el Recurso Extraordinario (R.E.) n° 71.154 –Rel. Min. Osvaldo Triguero–, en el que –según Fontoura³⁶– el razonamiento del Supremo Tribunal radicó en analizar la Constitución en forma colectiva y, por tal vía y utilizando un juicio analógico, se colocaba al tratado a la misma altura de la ley ordinaria, esto es, categorizando a ambos instrumentos como leyes de idéntica naturaleza. El otro, de 1977, al resolver el R.E. n° 80.004 –Rel. Min. Javier de Albuquerque–, que concluyó que la ley ordinaria posterior al tratado podía modificar a éste. Agrega el citado autor que, en este último fallo, se utilizó una forma elegante para aplicar un criterio dualista usando el razonamiento de la teoría monista, ya que si bien no se negaba la existencia del tratado, se argumentaba que, por la fuente diversa, internamente prevalecería el ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en el campo internacional³⁷.

Y en general ese criterio jurisprudencial aún se mantiene, con excepción –sólo desde época reciente– de los tratados internacionales sobre derechos humanos (tópico que retomaremos). En aquella línea tradicional, pueden citarse ejemplificativamente los siguientes casos:

▪ en la Carta Rogatoria (C.R.) n° 8.279-4, República Argentina, sentencia de 4 de mayo de 1998 (sobre la que regresaremos), el STF resolvió que “los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, *se sitú[a]n en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales (...consagrándose) la tesis (...) de que existe, entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa*”³⁸ (bastardilla nuestra);

³⁶ J. Fontoura, “Solución de controversias en el derecho comunitario. Los impasses en la construcción de un sistema”, *Solución de controversias*, publicación del Seminario ‘Solución de controversias y medios institucionales para la resolución de los conflictos de intereses’ (Buenos Aires, 15 y 16 de noviembre de 1995), edit. por Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, 1996, p. 28.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ Cfr. STF, *in re* C.R. n° 8.279/4, República Argentina, sentencia de 4 de mayo de 1998. El párr. transcripto trasuntaba el criterio del STF respecto de la solicitud de *exequátur* de una rogatoria sustentada en el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el CMC del Mercosur. Con posterioridad a tal fallo, el mencionado Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico del vecino país, por medio del Decreto n° 2.626, de 15 de junio de 1998. Más adelante ampliaremos sobre el contenido del pronunciamiento en cuestión, transcribiendo algunos párrafos concernientes al valor de los acuerdos internacionales celebrados por Brasil en el ámbito del Mercosur.

▪ en el caso de la medida cautelar en la A.D.I. n° 1.480-3/DF, de 4 de septiembre de 1997, Min. Rel. Celso de Mello, el STF reiteró que entre los tratados internacionales y las leyes internas brasileñas existe una mera relación de paridad normativa, entendiéndose las “leyes internas” en el sentido de simples leyes ordinarias y no de leyes complementarias; y

▪ otros casos en los que se reiteró tal criterio son, ilustrativamente: R.E. n° 206.482-3/SP, Min. Rel. Maurício Corrêa, de 27 de mayo de 1998, DJ 5 de septiembre de 2003; H.C. n° 81.319-4/GO, Min. Rel. Celso de Mello, de 24 de abril de 2002, DJ 19 de agosto de 2005; H.C. n° 77.053-1/SP, Min. Rel. Maurício Corrêa, de 23 de junio de 1998, DJ 4 de septiembre de 1998; H.C. n° 79.870-5/SP, Min. Rel. Moreira Alves, de 16 de mayo de 2000, DJ 20 de octubre de 2000; R.E. n° 282.644-8/RJ, Min. Rel. Marco Aurélio, Red. p/ la sentencia Mag. Nelson Jobim, de 13 de febrero de 2001, DJ 20 de septiembre de 2002.

Es preciso reconocer que se ha producido un avance jurisprudencial en 2008, punto de inflexión en la línea de pronunciamientos del STF en la materia, cuando al juzgar los Recursos Extraordinarios n°s. 349.703 y 466.343, determinó que en el contexto actual –en el que puede observarse la apertura cada vez mayor del Estado Constitucional a órdenes jurídicos supranacionales de protección de los derechos humanos–, la jurisprudencia hasta entonces sostenida resultaba completamente indefendible. En consecuencia, el STF pasó a adoptar la tesis de la *supralegalidad de los tratados internacionales de derechos humanos*.

De su lado, cabe tomar en consideración que la Enmienda Constitucional (EC) n° 45 de 2004³⁹ incorporó el § 3° al art. 5 de la Constitución Federal, que dispone que “[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” (remarcado agregado).

El único instrumento internacional que hasta donde llega nuestra información ha alcanzado tal *status* es la *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 6 de diciembre de 2006, por medio de la Resolución A/61/611.

d) Un balance provisorio del tema, tomando en cuenta las previsiones constitucionales y algunas pautas que se desprenden de los precedentes del STF arrojaría lo siguiente:

- los tratados internacionales que no se refieran a derechos humanos estarían parificados a la ley interna, o sea, presentarían *nivel legal*;
- los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ostentan jerarquía *supralegal, mas infraconstitucional*; y

³⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Unión* el 31 de diciembre de 2004.

▪ los compromisos internacionales de derechos humanos aprobados conforme al procedimiento establecido por el § 3° del art. 5 de la Constitución Federal, tienen *jerarquía constitucional*, al reputarse equivalentes a una enmienda constitucional.

En la terminología que se maneja en cierto sector doctrinario, estas últimas normas serían recepcionadas como derecho constitucional interno y formal. Para da Silva siempre serían derecho constitucional material por tratarse de normas de derechos humanos⁴⁰.

El tema se vincula con lo examinado en una de las causas nombradas *supra* en las que –como anticipábamos– se modificó el rumbo jurisprudencial del STF: nos referimos al aludido R.E. N° 466.343-1⁴¹, de 2008, en el que las posiciones de dos de los ministros del STF sobre la jerarquía supralegal o materialmente constitucional de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno con anterioridad a la E.C. N° 45/2004, lideraron el mencionado cambio. Sus respectivos criterios eran los siguientes: *i*) El Min. Gilmar Ferreira Mendes sostuvo que los tratados de derechos humanos (anteriores o posteriores a la E.C. n° 45/2004) poseen, al menos, nivel supralegal pudiendo adquirir jerarquía constitucional en caso de ser aprobados siguiendo el procedimiento del § 3° del art. 5 de la Constitución; y *ii*) el Min. Celso de Mello consideró que los tratados de derechos humanos anteriores a la E.C. n° 45/2004 son materialmente constitucionales, pudiendo tornarse en formalmente constitucionales en caso de ser aprobados de acuerdo con lo que prevé el citado § 3° del artículo 5 constitucional.

Sea como fuera, el dispositivo normativo añadido (§ 3° del art. 5) no despeja todos los potenciales conflictos interpretativos en la materia. Por ejemplo, y como se ha planteado: *i*) ¿Aquél crea dos modalidades diferentes de normas sobre derechos humanos: una constitucional y otra no constitucional y, en caso afirmativo, cuál sería la razón de ser de tal diferenciación?; y *ii*) la enmienda no ofrece reglas en lo relativo a la aplicación retroactiva o no de sus efectos con respecto a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos ya ratificados en Brasil⁴².

En torno al primer tema, se ha sostenido que por la redacción del nuevo párrafo la posibilidad de conferir la equivalencia de los tratados sobre

⁴⁰ J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, p. 183.

⁴¹ R.E. n° 466.343-1, São Paulo, Rel. Min. Cezar Peluso, Recurrente: Banco Bradesco S.A., Recurrido: Luciano Cardoso Santos.

⁴² Cfr. L.M. Caldeira Briant y K. Marzano Franco, "Artigo 5º, Parágrafos 1º ao 3º", en P. Bonavides, J. Miranda y W. de Moura Agra (coords.), *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 336-337.

derechos humanos a las enmiendas no significa necesariamente que los demás tratados tendrán status de ley ordinaria⁴³. Tal aclaración se realiza a propósito de lo resuelto por el STF en la señalada A.D.I. n° 1.480-3/DF, en virtud de lo cual el orden constitucional brasileño presenta indiscutible supremacía sobre los tratados internacionales.

Acerca del segundo tópico, se ha puntualizado que la indagación a su respecto es relevante teniendo en cuenta que los principales tratados internacionales referentes a derechos humanos ya pasaron por la aprobación del Congreso con anterioridad a la E.C. n° 45/2004 y dichas convenciones no fueron sometidas al escrutinio descrito en tal párrafo. Por tanto, admitir la paridad normativa de los tratados internacionales, sea en materia de derechos humanos o en cuanto a los demás contenidos, generaría consecuencias graves –incluso ilegales– desde el punto de vista internacional⁴⁴.

e) Desde otro perfil, un tema de singular relevancia radica en que en fecha relativamente reciente: 29 de abril de 2010, el STF, por siete votos a dos, declaró improcedente la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 153 planteada por la Orden de Abogados de Brasil (OAB) contra la Ley n° 6.683/79 (de amnistía), sancionada el 28 de agosto del 1979, y en consecuencia sostuvo la constitucionalidad de la interpretación del párr. 1° de su art. 1.

La citada norma, en el tramo indicado, dispuso: “*Se concede amnistía a quienes, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con éstos, crímenes electorales, a quienes tuvieron sus derechos políticos suspendidos y a los servidores de la administración directa e indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los servidores de los poderes legislativo y judicial, a los militares y a los dirigentes y representantes sindicales, sancionados con fundamento en actos institucionales y complementarios*”.

Sin embargo, en el *Caso Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil*, la Corte IDH⁴⁵, por medio de la sentencia de 24 de noviembre de 2010, determinó que “[l]as disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 337.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de noviembre de 2010, Serie C, n° 219.

castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil”.

En tal sentido, condenó al Estado por violación de distintas disposiciones de la CADH y le impuso una serie de importantes reparaciones, entre las que se cuentan: el deber de investigar penalmente, esclarecer los hechos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; realizar todos los esfuerzos para determinar el paradero de las víctimas desaparecidas y, en su caso, identificar y entregar los restos mortales a sus familiares; brindar el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico que requieran las víctimas y, en su caso, pagar la suma establecida; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso; continuar con las acciones desarrolladas en materia de capacitación, e implementar en un plazo razonable un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas; tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos; y continuar desarrollando las iniciativas de búsqueda, sistematización y publicación de toda la información sobre la ‘*Guerrilha do Araguaia*’, así como de la información relativa a violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar.

Brasil ha sido uno de los países que tradicionalmente se han mostrado menos permeables a abrir las puertas para investigar el lacerante pasado de violaciones masivas a los derechos humanos. Tal suerte de *secretismo oficial* ha sido enarbolado, entre otras circunstancias y como afirma González, a partir de las presiones de las elites cercanas al poder y el *establishment* militar⁴⁶.

Sin embargo, consideramos que el citado fallo de la Corte IDH, el impulso del gobierno encabezado por Dilma Rousseff, el posicionamiento de Brasil en un sitio de liderazgo internacional como potencia latinoamericana (y una de las principales economías del mundo), la posición de rezago del derecho brasileño en relación con sus vecinos (por ejemplo, Argentina) en materia de protección de derechos humanos e investigación de las atrocidades cometidas por la dictadura⁴⁷, y –entre otras circunstancias– la enorme

⁴⁶ E. González, en la nota “Brasil derriba el muro de silencio sobre el pasado” (<http://ictj.org/es/news/brasil-derriba-el-muro-de-silencio-sobre-el-pasado>). Hay versión impresa y en inglés de dicho artículo, bajo el título “Brazil Shatters Its Wall of Silence”, *The International Herald Tribune*, 3 de diciembre de 2011.

⁴⁷ Vale recalcar que a fines de octubre de 2011 se anunció que el Mercosur impulsaría una comisión con el objeto de investigar y aclarar las acciones del Plan Cóndor. La idea fuerza de la medida radica en la necesidad de los Estados Partes del Mercosur de aunar

magnitud (jurídica, estratégica y política) que en el concierto internacional tiene la política de los derechos humanos, han colaborado para que Brasil haya decidido comenzar a transitar el camino hacia el reencuentro con la verdad de una aciaga época poblada de encarcelamientos, ejecuciones arbitrarias y torturas a manos del régimen dictatorial discurrido entre 1964 y 1985.

En esa línea se inscriben dos recientes medidas, que ojalá sean más que meras reivindicaciones simbólicas, instrumentadas por leyes que la Presidenta (ella misma víctima de torturas en su momento) suscribió el 18 de noviembre de 2011.

Por una de tales normativas, se crea la Comisión Nacional de la Verdad, que tendrá como objetivo investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas en Brasil entre 1946 y 1988, lapso que incluye la etapa de la dictadura militar (1964-1985).

La restante es la Ley de Acceso a Informaciones Públicas, que termina con el secreto de documentos públicos y establece un plazo máximo de cincuenta años para los datos clasificados por el gobierno como ultraconfidenciales, además de disponer la creación de una comisión con integrantes de los tres poderes del Estado, quienes tendrán a su cargo la clasificación de los documentos.

Esperemos que este empuje normativo esté nutrido de verdadera voluntad política, reciba sustento fáctico y a él se sume un movimiento consecuente de la jurisprudencia para internalizar los criterios fijados por la Corte IDH. Ello supondrá un paso adelante para fortalecer y transparentar el proceso democrático, enfocar con la luz de la verdad un oscuro pasado de violaciones de derechos humanos y, en nombre de la justicia transicional, brindar a las víctimas y/o a sus familiares (reprimidos, torturados, ejecutados, desaparecidos, según corresponda) el debido reconocimiento de sus derechos y las reparaciones pertinentes.

En relación con este último tópico, de Greiff explica que los programas de reparación deben poseer integridad o coherencia, la que puede ser analizada en dos dimensiones: interna y externa⁴⁸.

Señala que la coherencia interna se refiere a la relación entre los diferentes tipos de beneficios adjudicados por un programa de reparación, pues la mayoría de estos programas otorgan más de un tipo de beneficio y pueden incluir tanto reparación simbólica como material, mientras que

esfuerzos para avanzar en la búsqueda de “verdad y justicia” en torno al delicado asunto de los desaparecidos de las dictaduras militares que tomaron el gobierno de dichos países fundamentalmente en las décadas de los '70 y '80.

⁴⁸ P. de Greiff, “Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7 (Número especial), agosto de 2005, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 187.

cada una de estas categorías puede, a su vez, incluir diferentes medidas y distribuirse individual o colectivamente. Juzga evidente que, para lograr los fines propuestos, es esencial que los beneficios se apoyen unos a otros internamente⁴⁹.

Por último, al referirse a la coherencia externa precisa que ella expresa la exigencia de que los esfuerzos de reparación se diseñen de tal manera que presenten una relación estrecha con otros mecanismos transicionales, por lo menos con la justicia penal, la narración de la verdad y la reforma institucional, requisito que cataloga como pragmático y conceptual. Sostiene que la relación aumenta la probabilidad de que cada uno de estos mecanismos sea percibido como exitoso y, lo que es más importante, que los esfuerzos transicionales en su conjunto satisfagan las expectativas de los ciudadanos⁵⁰.

f) Para concluir, presentamos la opinión de Bandeira Galindo⁵¹, para quien Brasil es tal vez el Estado del Mercosur más conservador en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno; lo que –nos permitimos apuntar por nuestra parte– se hace visible, entre otros puntos, en la tardía ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que Brasil recién concretara en 2009.

Retornando al autor traído en cita en último término, éste agrega que la jurisprudencia del STF es clara en el sentido de negar autoaplicabilidad a las normas oriundas del Mercosur, pues todas las normas del bloque requieren ser debidamente transformadas en derecho interno⁵².

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ En una opinión que gentilmente el colega nos enviara para la confección de este trabajo.

⁵² Se refiere al citado precedente C.R. n° 8.279/4, AgR/AT - Argentina, Ag. Reg. na Carta Rogatória, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 17-06-1998, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 10-08-2000, PP-00006, EMENT VOL-01999-01 PP-00042.

En síntesis, se sostuvo: “*A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos –inclusive daqueles celebrados no contexto regional do Mercosul– concluídos pelo Estado brasileiro (Precedente: A.D.I. 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello). Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do Mercosul continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral*”.

Añade que en relación con la jerarquía de las normas del Mercosur, éstas son tratadas del mismo modo que cualquier otra norma internacional: están debajo de la Constitución y poseen nivel legal⁵³.

Especula que sería posible que algún tratado del Mercosur fuese considerado un tratado de derechos humanos, situación en la que tendría jerarquía supralegal o, si fuera aprobado por el procedimiento del § 3º del art. 5 de la Constitución, podría tener valor constitucional. Sin embargo, aclara que incluso tal posibilidad sería teórica, porque el carácter supralegal necesitaría ser reconocido por el Poder Judicial y, en última instancia, por el propio STF, lo que no ha sucedido aún con ningún tratado del Mercosur, como tampoco ninguno de éstos ha sido aprobado como tratado de derechos humanos por el Congreso Nacional para adquirir nivel constitucional⁵⁴.

2.3. Paraguay

a) De una interpretación dinámica de los arts. 145, 137 y 141 de la Constitución paraguaya es dable predicar, por un lado, la convergencia

"A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então –e somente então– a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno".

"A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil".

⁵³ Cfr. G.R. Bandeira Galindo, *cit.* en nota 51.

⁵⁴ *Ídem.*

de una regla de habilitación para la atribución de competencias a organizaciones supranacionales y, por el otro, la primacía de los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, sobre las leyes dictadas por el Congreso.

Aquel art. 145 prevé que la República del Paraguay admite –en condiciones de igualdad con otros Estados– un *orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los *derechos humanos*, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. La cláusula advierte que dichas decisiones (relativas a la norma de habilitación –según nuestra lectura del tema–) sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Dato especialmente relevante es, por ende, la decisión de dar vida a una norma específica sobre el “orden jurídico supranacional”, separada de las disposiciones relativas a los tratados internacionales en general, de lo que se deduce la concepción autónoma que sobre aquella temática impregnó la mirada del constituyente. Igualmente trascendente es –a los fines de este trabajo– la exigencia de que tal orden jurídico supranacional garantice, entre otros significativos postulados, los *derechos humanos*.

Por su parte, el art. 137, párr. 1º, establece un orden prelativo de disposiciones que considera integrantes del derecho positivo nacional, en el que –luego de entronizar en su cúspide a la Constitución Nacional– enuncia a los tratados, convenios y acuerdos internacionales con anterioridad a las leyes dictadas por el Congreso, de donde los mencionados instrumentos internacionales –debidamente aprobados y ratificados– tendrían una jerarquía supralegal mas infraconstitucional, apuntalada por el propio art. 141, *ibíd.*, que preceptúa que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, *forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137*” –remarcado añadido–.

Otro aspecto no desdeñable en la línea anunciada es el preámbulo, segmento constitucional que –como se sabe– ilumina axiológicamente la labor de interpretación de la Ley Fundamental, encargándose de advertir que el pueblo paraguayo sanciona y promulga la Constitución “...reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional...” (énfasis agregado).

Un último punto que conviene colacionar en esta apretada reseña se conecta con la previsión contenida en el artículo 142 constitucional, que establece un procedimiento de aprobación de enmienda constitucional para hacer denuncia de los tratados de derechos humanos, lo que no deja

de ser una importante protección para factibilizar la perdurabilidad de semejantes instrumentos internacionales al establecer un procedimiento agravado para denunciarlos.

b) Si bien queda en claro la cotización subconstitucional de los instrumentos internacionales, debe igualmente destacarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Sala Constitucional, se ha decantado por interpretar y declarar expresamente el valor supralegal de dichos documentos internacionales; por ejemplo, en Acuerdo y Sentencia n° 59/2001, de 20 de marzo, y n° 126/2002, de 19 de marzo.

Por su parte, en punto a la vinculación entre las normativas del Mercosur y paraguaya (legal e infralegal), traeremos ilustrativamente a colación un pronunciamiento de la Sala Constitucional de la CSJN. Aludimos a la “Acción de Inconstitucionalidad c/ Arts. 9 y 10 de la Ley 1.095/84 y Dec. n° 1.731/09 (Ac. y Sent. n° 856)”, de 30 de noviembre de 2009⁵⁵.

En la causa, la empresa “Unilever del Paraguay S.A.” promovió acción de inconstitucionalidad contra los arts. 9 y 10 de la Ley n° 1.095/84 que fija “el Arancel de Aduanas” y contra el Decreto del Poder Ejecutivo n° 1.731/09 por el cual “se establece la aplicación transitoria de aranceles especiales de importación, que corrijan las distorsiones comerciales en el Comercio Intrazona”.

La Sala interviniente (en la que votaron coincidentemente los Dres. Núñez Rodríguez –primer opinante–, Bajac Albertini y Blanco) hizo lugar parcialmente a la acción incoada declarando inaplicable el decreto en relación con la accionante, no así en cuanto a la ley impugnada. Básicamente, se fundó en que:

- el Decreto en cuestión, al establecer aranceles especiales a la importación de productos que provienen de países integrantes del Mercosur atenta contra la jerarquía de las normas al violar el Tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que dispone la norma supralegal: eliminar toda clase de restricciones que impidan lograr la integración económica del bloque;
- el Decreto ha fijado tales medidas restrictivas a la importación de productos provenientes de los países integrantes del Mercosur “*sin someter la propuesta a la decisión del Consejo de Mercado Común*” (CMC);
- “*ningún Estado puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”;
- aun cuando la Ley n° 1.095/84 faculte al Poder Ejecutivo a adoptar medidas restrictivas de carácter transitorio a fin de defender y promover el desarrollo económico y social del país, es inaplicable para el caso de

⁵⁵ Ver texto en PY/JUR/554/2009, *La Ley online* (Paraguay).

importación de productos de países que integran el Mercosur, “cuando para obtener la finalidad pretendida con el Decreto n° 1.731/09 están las normas de orden supranacional para corregir las distorsiones comerciales en el comercio intrazona”; y

▪ “todo proceso de integración económica debe desechar las restricciones que impidan lograr un espacio libre de circulación”.

En definitiva, el fallo es interesante pues refrenda la supralegalidad del Tratado de Asunción; postula el respeto por las instituciones del Mercosur, en el caso, del CMC (su órgano superior), al establecer la improcedencia de fijar medidas restrictivas a la importación de productos provenientes de los países integrantes del bloque sin someter la propuesta a la decisión del mismo; y recalca el valor axiomático del principio (a nuestro juicio de *ius cogens*) en punto a la imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un instrumento internacional (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

c) Recapitulando, los tratados y consecuentemente sus normas derivadas son jerárquicamente prevalentes respecto de las leyes en general. Por lo demás y hasta donde pudimos investigar, en Paraguay la aplicación de los tratados internacionales ha sido ambivalente, aunque desde hace aproximadamente una década la cuestión está variando y la aplicación de los instrumentos internacionales ha devenido más frecuente.

Así, traeremos telegráficamente a colación –y al solo efecto ejemplificativo– un caso vinculado al tópico de los derechos humanos: *Oviedo Silva, Lino César - Hábeas Corpus Reparador (Ac. y Sent. n° 667)*⁵⁶, de 31 de julio de 2007, en el que la Sala Penal de la CSJN afrontó el tema de la duración razonable de la prisión preventiva. En él, la defensa de un procesado por homicidio doloso y lesión grave, quien se encontraba privado de su libertad, dedujo un hábeas corpus reparador fundándose en que su representado había pasado más de tres años en esa situación, lo cual incluso excedía el plazo máximo de duración del proceso penal. El pedido fue acogido por el Tribunal, ordenando la inmediata libertad del recluso, sin perjuicio de la existencia de otras causas pendientes, con medidas privativas de libertad.

Para arribar a tal solución, y más allá de citar normas de la Constitución y el Código Procesal Penal locales, entendió que si bien el plazo razonable de duración de la prisión preventiva es un principio general adoptado y reglamentado por cada país de acuerdo con su política criminal, “es adecuado recurrir a los parámetros y definiciones establecidos tanto por la CIDH como por el TEDH”, desde que estos organismos internacionales han determinado lo que hace a un plazo razonable, “no limitándose a cuestiones

⁵⁶ *La Ley Paraguay*, agosto de 2007, p. 900; cit. en PY/JUR/103/2007, *La Ley online (Paraguay)*.

cuantitativas sino abarcando además aspectos cualitativos”.

2.4. Uruguay

a) El contexto constitucional uruguayo, al igual que el brasileño, se caracteriza por la ausencia de normas sobre el emplazamiento jerárquico de los instrumentos internacionales frente al derecho interno. Tampoco cuenta con una cláusula de habilitación que permita atribuir facultades o competencias a organismos supranacionales.

Por lo demás, si bien existe consenso doctrinario en el sentido de que el Tratado de Asunción no ofrecería una incompatibilidad con la Carta Magna de ese país (que entrara en vigor en 1967), sobre todo en una etapa predominantemente caracterizada por la intergubernamentalidad, no existe acuerdo absoluto acerca de si una profundización del ligamen signada por la transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etc.) de competencias hacia organismos supranacionales habilitados para emitir normas de aplicación directa, inmediata y preferente sobre el derecho interno, resultaría inconstitucional, en particular *vis-à-vis* la previsión del art. 4 de la Ley Fundamental, que dispone: “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes,...*”.

La postura que responde afirmativamente al interrogante fue sustentada –entre otros autores– por Gros Espiell, quien entendía que “desde el momento en que los órganos se integran con individuos independientes de la voluntad de los Estados signatarios, como es el caso de los tratados de integración europea (...) la cuestión se hace más dificultosa, *obligando a encarar, en el caso de Uruguay, una reforma constitucional para poder llegar a admitir esa posibilidad*”⁵⁷ (énfasis agregado).

Risso Ferrand afirma que la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno uruguayo debe ser objeto, reforma constitucional mediante, de una solución clara, superando la actual incertidumbre jurídica, nunca deseada ni admisible en un proceso de integración; para lo cual propone que la Constitución habilite el pasaje a instancias superiores de integración (con traspaso o delegación de atribuciones a entes supranacionales), previendo no sólo esta modalidad sino también la existencia del derecho comunitario derivado, con disposiciones expresas y claras acerca de su jerarquía jurídica respecto a

⁵⁷ H. Gros Espiell, “El Tratado de Asunción: Una aproximación a su problemática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 1, Universidad de la República, Montevideo, 1991, p. 16; *cit.* por A. Landoni Sosa, “La solución de conflictos en el Mercosur”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Año XXXIV, n° 54, Buenos Aires, marzo-junio 1994, p. 332.

las normas propias del derecho interno⁵⁸.

b) Cabe advertir que en algún momento la Suprema Corte de Justicia (SCJ), interpretó, con alegado apoyo en Justino Jiménez de Aréchaga y Supervielle, que “...cabe compartir la tesis que *la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación...*” (remarcado nuestro). Este criterio fue expuesto por el Máximo Tribunal uruguayo *in re G.S., J. con A. del U. y C.U. S.A., Reinstalación, Casación*, Ficha 357/989, Montevideo, de 20 de junio de 1990⁵⁹.

De ello se desprende un criterio similar al mantenido por el STF de Brasil. Sin embargo, en fecha relativamente reciente se ha dictado en Uruguay un fallo de fundamental importancia y que, de alguna manera, revoluciona el esquema jurisprudencial de la SCJ al menos en el ámbito de los derechos humanos.

Nos referimos a la Sentencia n° 365, Min. Red.: Dr. Chediak, de 19 de octubre de 2009, en autos caratulados en la causa *Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stela -Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 3 y 4 de la Ley n° 15.848*, Ficha 97-397/2004.

En tal pronunciamiento declaró la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad en el caso concreto de los arts. 1, 3 y 4 de la Ley n° 15.848, de 22 de diciembre de 1986, conocida como “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” (LCPPE). Recuérdese que en el modelo uruguayo de control de constitucionalidad la declaración de inconstitucionalidad deberá estar referida a un caso concreto, y que la sentencia que acoja la pretensión surtirá efecto sólo para el procedimiento en que se haya pronunciado (arts. 259 de la Constitución y 520 del Código General del Proceso).

Cabe recordar que el art. 1 de la Ley n° 15.848 reconoce que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados en un acuerdo político –no institucional–, “ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado” respecto de delitos cometidos desde el período *de facto* hasta el 1 de marzo de 1985. Al respecto, la SCJ sostuvo que la ley en cuestión es inconstitucional –entre otras cosas– porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías.

Además, la SCJ sostuvo que “*no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada*”.

⁵⁸ M. Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, T° I, 2ª ed. actualiz. y ampl., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pp. 383-384.

⁵⁹ El texto de la sentencia puede compulsarse en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T° VII, n° 37, junio-julio 1990, Montevideo, pp. 32-39. El párr. transcripto luce en p. 38.

para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado” –remarcado agregado–.

Luego de sustentarse en el concepto de “bloque de derechos fundamentales” y de citar jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Suprema de Justicia argentina, concluyó que “*la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza*⁶⁰, *gozando de impunidad durante regímenes ‘de facto’, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley n° 15.848 y han sido tenidos en cuenta”* por la SCJ para dictar el fallo –remarcado agregado–.

Se ha sostenido que a partir de tal decisorio se “acepta sin ninguna duda la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ámbito interno”, y que es “incuestionable que el rango normativo de las disposiciones internacionales referidas a los derechos humanos es supralegal, similar a la Constitución”⁶¹.

c) Conectado con lo anterior, en un relativamente cercano fallo –de 24 de febrero de 2011–, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*⁶², la Corte IDH aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado; lo declaró responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, habiendo violado los arts. 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el art. 1.1 de la CADH y con los arts. I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP); asimismo lo responsabilizó por la supresión y la sustitución de identidad de tal persona, ocurrida desde su nacimiento hasta que se determinó su verdadera identidad y expresada como una forma de desaparición forzada, vulnerando los arts. 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el art. 1.1 de la CADH y con los arts. I y XI de la CIDFP; y, entre otros ítems, determinó que había incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la CADH, refiriéndose al art. 2 en relación con los arts.

⁶⁰ Obviamente, se refiere a violaciones graves de derechos humanos.

⁶¹ M. Risso Ferrand, “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya (2009-2010)”, en V. Bazán y C. Nash (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución 2010*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, p. 179.

⁶² Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, n° 221.

8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los arts. I.b, III, IV y V de la CIDFP, como consecuencia de la interpretación y la aplicación que le había dado a la LCPPE respecto de graves violaciones de derechos humanos.

Asimismo, fijó al Estado las siguientes reparaciones: conducir y llevar a término eficazmente, en un plazo razonable, la investigación de los hechos del caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea; continuar y acelerar la búsqueda y la localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación; garantizar que la LCPPE, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la CADH y la CIDFP, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y la eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos; realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso; colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar; realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en la sentencia; implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial; adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales; y abonar las indemnizaciones establecidas.

Por último, el *Caso Gelman vs. Uruguay* es también importante porque la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad en relación con lo que dijera en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (“el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad”), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ‘ex officio’”) y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*⁶³ (“los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de

⁶³ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, n° 220, párr. 225.

ejercer ‘ex officio’ un control de convencionalidad”). En efecto, en el *Caso Gelman vs. Uruguay* ha sostenido que, “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” –destacado agregado– (párr. 239).

En suma, la Corte IDH ha involucrado en la obligación de realizar control de convencionalidad a cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, lo que supone un mandato con un nivel de generalidad tal que no es irrazonable aventurar que se acrecienten las dificultades operativas en la aplicación práctica de dicha modalidad de fiscalización.

El fallo en cuestión provocó en el escenario uruguayo un estado de *desconcierto* constitucional, generándose alusiones al mismo en términos anacrónicos e insostenibles tales como que no resulta obligatorio o que una sentencia de la Corte IDH no puede ser contraria al derecho interno de Uruguay.

d) Otro tema de singular importancia que cabe computar es que el 27 de octubre de 2011, el Senado y la Cámara de Representantes de este país, reunidos en Asamblea General, sancionaron la Ley n° 18.831⁶⁴.

Tal normativa se refiere a tres asuntos muy importantes: **i)** restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el art. 1 de la Ley n° 15.848 (art. 1); **ii)** determina que no se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de dicha ley, para los delitos a que refiere el art. 1 (art. 2); y **iii)** declara que los delitos a que refieren los artículos anteriores son *crímenes de lesa humanidad* de conformidad con los tratados internacionales de los que Uruguay es parte (art. 3).

e) Al respecto, cabe ponderar que hasta la sanción de dicha norma la SCJ se había mostrado refractaria a considerar a las desapariciones forzadas durante la dictadura como crímenes de lesa humanidad, alegando que Uruguay incorporó ese delito en 2006 y, por lo tanto, no podía aplicarse con retroactividad.

Naturalmente, con la trilogía de circunstancias enumeradas: fallo *Sabalsagaray* (octubre de 2009), sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman* (febrero de 2011) y Ley n° 18.831 (publicada el 1 de noviembre

⁶⁴ Publicada en el *Diario Oficial*, Vol. 107, n° 28.340, 1 de noviembre de 2011, p. 5.

del mismo año), el panorama cambió radicalmente, aunque no sin generar confusión y cierta desorientación que desafían a la justicia constitucional encapsulada en la SCJ, la que –entre otras cuestiones– deberá expedirse sobre la constitucionalidad de la nombrada Ley n° 18.831.

3. Un acercamiento al escenario venezolano

Entre signos de interrogación ante la incógnita que genera la pretendida incorporación plena de Venezuela al Mercosur, igualmente nos permitimos aquí aproximarnos al paisaje jurídico, normativo y jurisprudencial de ese país.

De un recorrido por su normativa constitucional puede concluirse que, al menos en abstracto, presenta varios aspectos positivos en materia de derechos humanos y de cara al involucramiento en procesos integrativos; aunque lamentablemente la jurisprudencia de la Sala Constitucional (S.C.) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha encargado de desvirtuar en ciertos cuestionables pronunciamientos algunas de tales premisas deparadas constitucionalmente.

Pasaremos a analizar determinados tópicos de interés ligados al núcleo de indagación del presente trabajo.

3.1. Sobre la Constitución vigente

En el caso venezolano debe hablarse de una nueva Constitución (de 1999) que incluso rebautiza al Estado, denominándolo *República Bolivariana de Venezuela*. Se observa además que por medio de la disposición derogatoria única, expresamente se abroga “*la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno*”.

En línea convergente, el párrafo segundo de su Preámbulo identifica como uno de los fines supremos de aquélla el de “*refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado,...*” –énfasis agregado–.

El texto primigenio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue publicado en la Gaceta Oficial, n° 36.860, de 30 de diciembre de 1999, aunque posteriormente aquél se reimprimió –con correcciones– en la Gaceta Oficial, n° 5.453, Extraordinario, de 24 de marzo de 2000.

Entre muchas otras disposiciones que podrían ser objeto de alusión (por ejemplo, una muy generosa nómina de derechos y garantías), en cuanto a lo que aquí interesa, se prevé lo siguiente:

- El Estado garantizará a toda persona, conforme al “*principio*

de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (art. 19);

- el respeto y la garantía de éstos son obligatorios para los órganos del poder público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen (ídem);

- todas las personas son iguales ante la ley, no se permitirán discriminaciones y la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la “*igualdad ante la ley sea real y efectiva; y adoptará medidas positivas*” a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables (art. 21);

- la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos (art. 22);

- la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos (ídem);

- los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y “*prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República*” (art. 23); y

- aquellos instrumentos internacionales son de *aplicación inmediata y directa* por los tribunales y demás órganos del poder público (ídem).

3.2. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales

De su lado, se observa que cuenta con un sistema de control de constitucionalidad previo de los instrumentos internacionales. En efecto, es de competencia de la S.C. del TSJ, verificar a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, “*la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación*” (ordinal 5º)⁶⁵. Siendo así, cuando menos en la dimensión teórica, si la S.C. no encuentra óbice de tal calibre al documento

⁶⁵ Texto constitucional “corregido” y que varía en relación con el aprobado en el referéndum de 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la “*conformidad de la Constitución con los tratados internacionales*” -énfasis propio- (cfr. A.R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en E. Ferrer Mac-Gregor [coord.], *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México D.F., 2001, p. 948).

internacional en cuestión, éste no podría (al menos no debería) ser atacado en el futuro por medio de una fiscalización represiva o posterior, ni tampoco plantearse luego una acción de inconstitucionalidad contra la ley que lo aprueba.

Juzgamos que tal solución (control constitucional previo de los instrumentos internacionales) es fundamental en procesos de integración supranacional⁶⁶, pues en la práctica (y como afirma Brewer-Carías) llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurriera en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina, lo que sucedió –vale aclarar por nuestra parte– con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución⁶⁷.

3.3. Norma de habilitación

A su tiempo, ostenta una “norma de habilitación” en el art. 153, el que luego de advertir que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, determina que podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de sus naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Añade que, para tales fines, “*podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración*”.

3.4. Derecho comunitario

Por su parte, el segmento final de la norma citada en el subapartado anterior es muy importante, ya que después de señalar que las normas que se adopten en el espectro de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente, consagra

⁶⁶ Si bien no es ésta la oportunidad adecuada para profundizar en tal asunto, sólo nos permitimos indicar telegráficamente que desde hace bastante tiempo venimos postulando la tesis de la proclamación normativa de la fiscalización constitucional *previa y obligatoria* de los instrumentos internacionales en los esquemas que presentan elementos centralizados o concentrados de control de constitucionalidad. Ver para ampliar, por ejemplo, el libro de V. Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México D.F., 2003, *passim*.

⁶⁷ *Cit.* en nota 65.

los caracteres básicos del derecho comunitario, al mencionar que tales normas serán “*de aplicación directa y preferente a la legislación interna*”.

En línea con ello puede contabilizarse otra regla relevante localizada en el art. 318, párr. 1º, donde si bien se prevé que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar, también se dispone que “[e]n caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República”.

3.5. Repaso jurisprudencial

a) Uno de los polémicos decisorios de la Sala Constitucional a los que nos referíamos es la nº Sentencia 1.942, de 15 de julio de 2003, que reitera la doctrina de su predecesora nº 1.013, de 12 de junio de 2001, y que no fue precisamente bien recibida por la doctrina especializada.

Tal pronunciamiento convalidó en el derecho interno los delitos de expresión conocidos internacionalmente como “leyes de desacato” y habilitó la “censura previa” judicial, contrariando los precedentes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. De hecho, sobre este fallo nº 1.942 se ha afirmado que se trata de “*una de las sentencias más adversas a las libertades democráticas y a la protección internacional de los derechos humanos que ha dictado la S.C. desde su creación*”⁶⁸.

Al efecto, y luego de recordar la previsión del artículo 23 constitucional en cuanto a que las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos adquieren rango constitucional, estando equiparadas a normas contenidas en la Constitución, puntualizó que aquella cláusula establece una “*prevalencia de normas, pero no de fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc.*”. En otras palabras, pero siempre siguiendo la posición delineada por la Sala, la nombrada prevalencia no alcanza a los informes u opiniones de organismos internacionales que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, pues el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al art. 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, que es la Sala Constitucional.

En consecuencia, esta última moldeó un criterio discutible en cuanto a la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, vehiculó una involución interpretativa en la materia al

⁶⁸ C. Ayala Corao, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, p. 187.

blandir un concepto de soberanía hace tiempo superado y dejó de acatar las obligaciones emergentes de los tratados internacionales relativos a dicho campo temático, al considerar que las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión Interamericana “no son obligatorias” y que las sentencias de la Corte Interamericana, “para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución”, con lo cual, adjudicó al juez nacional facultades de control y escrutinio de los pronunciamientos de dichos órganos protectorios interamericanos⁶⁹.

Además de poner en entredicho lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, la resolución dejó en un cono de sombras a la previsión del art. 31, *ibíd.*, que en su párrafo 1º determina que “*toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*”, agregando en su 2º párrafo que el Estado adoptará –conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley–, “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo*”.

Finalmente, es de destacar que la cuestión generada por la Sentencia n° 1.942 fue planteada ante la Comisión IDH, la que, a su vez, solicitó medidas provisionales a la Corte IDH. Éstas fueron concedidas por el Tribunal, pero ante el incumplimiento del Estado venezolano y la denuncia realizada en tal sentido por la Comisión Interamericana, aquél emitió una resolución conjunta en fecha 4 de mayo de 2004, relativa a las medidas provisionales respecto de Venezuela en cuatro casos, entre los que se cuenta el que aquí nos ocupa. Entre otros puntos, declaró: *i)* que por haber reconocido su competencia, Venezuela está obligada a cumplir las decisiones de la Corte IDH, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar el cumplimiento de las mismas; *ii)* que dicho Estado tiene la obligación de implementar las medidas provisionales ordenadas por la Corte y de presentar, con la periodicidad que ésta indique, los informes requeridos y, además, que la facultad de la Corte incluye evaluar los informes presentados, y emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus decisiones.

b) Para cerrar este panorama del caso venezolano, existe otra sentencia más reciente pero igualmente preocupante de la S.C.: la n° 1.939, de 18 de diciembre de 2008, dictada a solicitud de la Procuraduría General de la República –organismo vinculado al Poder Ejecutivo Nacional–, para

⁶⁹ Debe tenerse presente que Venezuela es Estado Parte de la CADH desde el 9 de agosto de 1977 y, de acuerdo con el art. 62 de ésta, reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 24 de junio de 1981.

que interpretara directamente la Constitución y la compatibilidad con ésta del fallo de la Corte IDH recaído en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*⁷⁰, de 5 de agosto de 2008. En aquel decisorio, la S.C. concluyó que el pronunciamiento de la Corte IDH (que –entre otros puntos– declaró que había sido violado el derecho de los magistrados destituidos⁷¹ a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial) era “inejecutable”⁷²; aunque no se detuvo allí, sino que descomedidamente solicitó al Poder Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH ante la usurpación de funciones y la violación de la soberanía del Estado venezolano en que habría incurrido la Corte IDH⁷³.

Huelgan mayores comentarios acerca de tan desaconsejable criterio jurisprudencial.

V. ESQUEMA INSTITUCIONAL BÁSICO PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR

1. Preliminar

Aunque sabido, conviene recordar en primer lugar que en el Mercosur no existe un órgano permanente de resolución de conflictos de cuño

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. *Venezuela*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de agosto de 2008, Serie C, n° 182.

⁷¹ La destitución de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se desencadenó en tanto habían pronunciado una sentencia en materia de amparo constitucional que, según la visión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, importaba un error jurídico grave e inexcusable.

⁷² La mencionada sentencia n° 1.939/2008 no es la única proferida por la Sala Constitucional en el sentido expuesto. Puede citarse además, por ejemplo, la más reciente declaración de inejecutabilidad del fallo de la Corte IDH recaído en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, n° 233.

⁷³ Además, sólo por enumerar una muestra más de la posición de “victimización” en la que pretende colocarse Venezuela, recientemente (30 de abril de 2012) el presidente Hugo Chávez –en una declaración transmitida en cadena obligatoria de radio y televisión– anunció que dicho Estado se retiraría “de la tristemente célebre Comisión Interamericana de Derechos Humanos” y solicitó la instalación del Consejo de Estado a los efectos de evaluar y operativizar dicha medida. En definitiva, lo que jurídicamente correspondería es la denuncia de la CADH, decisión que de adoptarse no sería sino un nuevo episodio de la retahíla de desvaríos y despropósitos institucionales cometidos por la dictadura chavista.

supranacional como el citado TJUE localizado en Luxemburgo.

Las controversias suscitadas en el citado bloque sudamericano se resuelven en función de lo estatuido en el Protocolo de Olivos⁷⁴, por medio de negociaciones directas, aunque si no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada sólo parcialmente, se abren dos posibilidades: *i)* que los Estados Partes de la misma la sometan de mutuo acuerdo al *Grupo Mercado Común (GMC)*, de lo que se desprende que la intervención de éste es optativa; y *ii)* que luego de aquellas negociaciones directas, y sin pasar por el GMC, cualquiera de los Estados Partes en la controversia decidiera iniciar directamente el procedimiento arbitral.

Justamente en función del Protocolo de Olivos se estableció un procedimiento de revisión de los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del Mercosur (TAAHM) ante el denominado Tribunal Permanente de Revisión (TPR), con sede en Paraguay.

Aunque suene tautológico, el TPR –en ejercicio de la función “revisora”– se ocupa de las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y las interpretaciones jurídicas desarrolladas en los laudos de los TAAHM. En tal sentido, está habilitado para confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones de éstos, siendo su decisión definitiva y de condición prevaleciente sobre el laudo que examina.

En una síntesis extrema, cabe resaltar dos normas de dicho Protocolo en relación con el objeto de este trabajo:

- el art. 51, en cuanto a que las reglas de procedimiento del TPR y las de los TAAHM “*garantizarán que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos y asegurarán que los procesos se realicen de forma expedita*”. En otras palabras, se resguarda el *debido proceso*; y

- el art. 34, que estatuye que los TAAHM y el TPR decidirán la controversia sobre la base del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto⁷⁵, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, “*así como los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia*”; marco en el que –pensamos– quedan incluidos los relativos a la protección de los

⁷⁴ Se trata del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, suscripto el 18 de febrero de 2002 en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina. Entre otras cosas, a partir de su entrada en vigencia quedó derogado el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, suscripto el 17 de diciembre de 1991; abrogándose también el Reglamento del Protocolo de Brasilia, instituido por la Decisión n° 17/98 del CMC.

⁷⁵ Nos referimos al Protocolo de Ouro Preto Adicional al Tratado de Asunción, sobre la Estructura Institucional del Mercosur, firmado en Brasil el 17 de diciembre de 1994.

derechos humanos⁷⁶.

Por medio de la Decisión n° 37/2003, de 15 de diciembre, el CMC aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, reglamentación que se fundamenta en el propósito de asegurar la efectividad de los mecanismos de dicho Protocolo y “la *mayor seguridad jurídica del proceso de integración*” –énfasis añadido–.

A su tiempo, por imperio de la Decisión n° 30/2005, de 8 de diciembre, el CMC aprobó las “Reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión”, elaboradas por el propio TPR, de conformidad con lo establecido en el citado art. 51 del Protocolo de Olivos.

Las mencionadas Reglas de Procedimiento estatuyen en su art. 3 que el TPR actuará, en todos los casos en que ejerza sus atribuciones específicas, “*como un órgano del Mercosur independiente de los demás que conforman la organización institucional*”, sujetándose a lo establecido en el art. 35 del Protocolo de Olivos.

2. En torno al Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos

Por Decisión n° 40/2004, de 16 de diciembre, el CMC instituyó la *Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos (RAADDHH)*⁷⁷, que debería sesionar con la participación de los órganos competentes en la materia de los Estados Partes y de los Estados Asociados, en los términos de la Decisión n° 18/2004, incluyendo las respectivas Cancillerías.

Aquella Decisión n° 40/2004 también asignó al Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur⁷⁸ (FCCPM) las funciones previstas en las Decisiones del CMC n°s. 02/2002 y 23/2003, en lo que se refiere a las

⁷⁶ Esta cuestión estaba ya contenida en el art. 19 del citado Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

⁷⁷ En la XXI Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías de Mercosur, celebrada en Buenos Aires a fines de marzo de 2012, al tiempo de respaldarse los reclamos argentinos por la soberanía sobre las Islas Malvinas, se avanzó en el campo de coordinación de políticas intra-bloque Mercosur, pudiendo mencionarse los siguientes puntos: los trabajos preparatorios para la reunión sobre niños y niñas migrantes; la evaluación de los temas pendientes en el seno de la OEA; el tratamiento del Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y la Discriminación Racial; la discusión sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos; y la propuesta de trabajar para lograr la incorporación del enfoque de derechos humanos a la Conferencia Rio + 20 (ver para ampliar, <http://www.prensa.argentina.ar/2012/03/29/29398>).

⁷⁸ Creado por la Decisión del CMC N° 18/1998, de 10 de diciembre, Río de Janeiro. El Foro fue concebido como instancia de consulta y coordinación de la dimensión política, profundizando en el diálogo entre los Estados Partes del Mercosur y entre éstos y Bolivia y Chile, en temas de política exterior y de la agenda política común.

actividades de la RAADDHH.

Tomando a la citada Decisión n° 40/2004 como base, entre otros instrumentos, se suscribió el 20 de junio de 2005 el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur –sobre el que volveremos–, que es relevante en cuanto concentra un conjunto de postulados vertebrales en materia de derechos humanos y de respeto por las instituciones democráticas.

A su tiempo, por conducto de la Decisión n° 14/2009, de 24 de julio, el CMC dispuso crear el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH) en el ámbito de la RAADDHH y las Cancillerías del Mercosur⁷⁹. Asimismo se determinó que el citado Instituto tendrá su sede permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina (art. 1).

En el art. 2 de tal Decisión se identificó como objetivo del IPPDDHH el de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes –mediante el diseño y el seguimiento de políticas públicas en derechos humanos– y la consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y el desarrollo del Mercosur.

Ya en el art. 3, *ibíd.*, se fijaron las siguientes funciones del Instituto:

a) cooperar, cuando sea expresamente solicitado por los Estados Partes, entre otras actividades, en: *i*) el diseño de políticas públicas en la materia y su posterior consecución; *ii*) la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en las respectivas Constituciones Nacionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y *iii*) la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de Naciones Unidas.

b) contribuir en la armonización normativa entre los Estados Partes, en materia de promoción y protección de los derechos humanos.

c) prestar asistencia técnica para el desarrollo de actividades de capacitación en la promoción y protección de los derechos humanos, para funcionarios/as de las instituciones de derechos humanos de los Estados

⁷⁹ Tal vez un germen del Instituto, aunque fuera del ámbito público estatal, pueda ubicarse en el Observatorio de Políticas de Derechos Humanos en el Mercosur, creado a partir de una conferencia regional llevada adelante en Córdoba (Argentina) en julio de 2004. En la ocasión, el Observatorio quedó integrado por ocho organizaciones de la región: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Servicio Argentino de Derechos Humanos (SADH), de Argentina; el Instituto Sou da Paz y la organización Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, de Brasil; el Instituto Paraguayo de Derechos Humanos (IPDH); y el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), el Instituto de Estudios Legales y Sociales (IELSUR) y el Instituto Solidaridad y Desarrollo (ISODE), estos tres últimos de Uruguay (*vid.* M. Navarrete, "Presentación", en AA.VV., *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, Mastergraf, Montevideo, 2004, p. 8).

Partes.

d) ofrecer un espacio permanente de reflexión y diálogo entre funcionarios/as públicos/as y organizaciones de la sociedad civil, sobre políticas públicas.

e) realizar estudios e investigaciones sobre temas vinculados a la promoción y la protección de derechos humanos, que sean solicitados por la RAADDHH y las Cancillerías del Mercosur.

Por imperio de la Decisión n° 32/2009, de 7 de diciembre, el CMC aprobó el *Acuerdo de Sede entre la República Argentina y el Mercosur para el funcionamiento del IPPDDHH* para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 36 del Protocolo de Ouro Preto, establecer las modalidades de la cooperación entre las Partes y determinar las condiciones y prerrogativas que facilitarán el desempeño de las funciones del IPPDDHH y de sus funcionarios.

A su tiempo, por medio de la Decisión n° 12/2010, de 2 de agosto, el CMC aprobó la *“Estructura del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos”*. Entre otros aspectos, se perfilan algunas cuestiones que hacen a la fisonomía, la naturaleza y el funcionamiento del Instituto. En apretada síntesis, se dispone y/o reitera –según corresponda– que:

- tendrá su sede, como vimos, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina;
- actuará en el ámbito de la RAADDHH y las Cancillerías del Mercosur; y
- constituirá una instancia técnica de investigación en el campo de las políticas públicas en derechos humanos e implementación de las líneas estratégicas, aprobadas por la RAADDHH, con miras a contribuir a la consolidación de la dimensión social como un eje central en el proceso de integración del Mercosur.

Finalmente, a través de la Decisión n° 13/2010, también de 2 de agosto, el CMC aprobó el *“Presupuesto del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos para el ejercicio 2011”*; mientras que con anterioridad, en abril de 2010, el GMC designó al Secretario Ejecutivo del IPPDDHH, por el plazo de dos años a partir de la plena puesta en funcionamiento del Instituto.

VI. ALGUNOS ASUNTOS ADICIONALES CONCRETOS EN PUNTO A LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROCESO INTEGRATIVO EN EL MERCOSUR

De las respectivas partes considerativas y dispositivas de las citadas decisiones del CMC, surgen algunas líneas importantes en cuanto a

la percepción de los derechos humanos y a su relevancia en el marco mercosureño.

En tal dirección, pueden entresacarse las siguientes pautas generales:

- los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social;
- la protección y la promoción de los derechos de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración de América del Sur;
- las libertades individuales, los principios democráticos y el Estado de Derecho constituyen valores comunes a las sociedades sudamericanas;
- la creciente preocupación en la región acerca de la situación de los derechos humanos se visualiza desde una perspectiva institucional y en la concreción de políticas públicas que permitan una más eficaz y efectiva implementación;
- se preconiza la importancia de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes, mediante el diseño y el seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, y a la consolidación de éstos como eje fundamental de la identidad y el desarrollo del Mercosur;
- se pugna por consolidar la dimensión social como un eje central en el proceso de integración del Mercosur.

Ya en un ámbito más particularizado, pueden identificarse algunos aspectos dignos de ser relevados, que se desprenden del marco funcional previsto para el IPPDDHH:

- cooperar, cuando sea expresamente solicitado por los Estados Partes, en: el diseño (y posterior consecución) de políticas públicas en el ámbito de los derechos humanos; la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en las respectivas Constituciones Nacionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU; y
- contribuir a la armonización normativa entre los Estados Partes, en materia de promoción y protección de los derechos humanos.

Al menos desde el plano normológico, es significativa la función que el Instituto podría acometer –siempre a partir de la voluntad política de los Estados Partes– coadyuvando a la construcción y la implementación de políticas públicas en derechos humanos, la armonización normativa y dos cuestiones relevantes: aportar a la efectividad y la eficacia de aquéllos y a la adopción de los estándares tuitivos internacionales (interamericano y universal) en el área.

Es que desde los ámbitos oficiales del Mercosur se menciona que la situación de los derechos humanos en la región ha sido vislumbrada desde una perspectiva institucional y en la concreción de políticas públicas que

permitan una más eficaz y efectiva implementación.

Con ser muy importante la labor *de defensa* de los derechos humanos, hoy ella se revela insuficiente si no se la acompaña de una tarea proactiva de fiscalización de las políticas públicas en orden a enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de derechos humanos, para procurar incidir en la formación o la corrección de tales políticas.

En ese sentido, se ha afirmado que ello “requiere tener una nueva forma de mirar la relación con el Estado. No sólo plantearle al Estado lo que no debe hacer, el límite, sino también en ciertos casos plantearle al Estado qué podría hacer para garantizar derechos. *Pensar el derecho de los derechos humanos no sólo como un derecho que fija límites al abuso del poder, sino como un derecho que pueda en ciertos contextos constituirse en un programa de acciones positivas de los Estados*, un programa para desarrollar políticas concretas que apunten a los problemas estructurales desde los cuales emanan esas violaciones”⁸⁰ –el destacado es nuestro–.

Insistimos en la necesidad de que medie sincero empeño político de los Estados Partes pues ni la elaboración de normas ni la creación de instancias como el IPPDDHH tienen *per se* efectos taumatúrgicos.

Por último, no es un dato menor que en el documento “Acerca del Mercosur” que obra en el sitio web de la Secretaría del Mercosur, específicamente al abordar el tema del compromiso del Mercosur con la situación de los derechos humanos en la región, se aluda a la creación del IPPDDHH, enfatizándose como uno de sus objetivos principales el de “contribuir a la consolidación de los derechos humanos como *eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur*”⁸¹.

Al menos en el plano discursivo, semejante declaración resulta altamente demostrativa de la elevada cotización que para el desarrollo del Mercosur ostenta el tema de los derechos humanos. Ojalá entonces que las palabras den paso a los hechos, una vez que el IPPDDHH funcione a pleno.

⁸⁰ V. Abramovich, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas”, en AA.VV., *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, cit. en nota anterior, p. 118.

⁸¹ Cfr. www.mercosur.int/t_generic...

VII. LAS IMÁGENES QUE PROYECTA LA “CLÁUSULA DE DERECHOS LOS HUMANOS” EN EL MERCOSUR

1. El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur

Como anticipábamos, las pautas basales del Protocolo –que bien podría catalogarse como la “Cláusula de derechos humanos” en el Mercosur– contiene una buena síntesis de las premisas tuitivas cardinales en materia de derechos fundamentales y el compromiso con la democracia, y la inescindible relación de dichos elementos. Entre ellas, pueden contabilizarse las siguientes:

- que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur;
- que se reafirman los principios y normas contenidos en la DADDH, la CADH y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como la Carta Democrática Interamericana;
- que lo expresado en la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, en cuanto a que la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales (elementos éstos fundamentales de la democracia) son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente;
- que se reconoce la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos; y
- que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que toda ruptura del o amenaza al normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos.

2. Referencia en particular a algunas pautas subrayadas por el Protocolo de Asunción

Releyendo las premisas enunciadas en el subapartado anterior, es propicio comenzar recordando que, sin duda, la democracia es el escenario cultural, jurídico, político y axiológico indispensable para el ejercicio genuino y efectivo de los derechos humanos.

Y ciertamente, uno de los imperativos del Estado Constitucional⁸² consiste en fortalecer los mecanismos internos en pro de la exigibilidad y la justiciabilidad tanto de los derechos reconocidos explícitamente en las respectivas Constituciones Políticas, como de los implícitos que le son subyacentes, debiendo por supuesto incluirse en la cobertura tuitiva a los derechos colectivos o de incidencia colectiva (según la terminología que cada ordenamiento adopte), que receiptan notable magnitud jurídica y axiológica, puesto que hoy sería claramente inconveniente y desacertado, por ejemplo, no prestar suficiente atención al derecho al ambiente sano y equilibrado o al derecho a la paz.

No caben aquí distinciones categoriales entre derechos civiles y políticos y DESC que procuren forzosamente dar base a infundados argumentos en el sentido de que aquéllos sí son justiciables mientras que no sucede lo propio con éstos; o que, al tiempo que los primeros son de cumplimiento inmediato, los últimos sólo lo serían progresivamente y en la medida de los recursos financieros del Estado.

Es que, en primer lugar y como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación, pero de ninguna manera separación antinómica⁸³.

En segundo lugar, no sería serio pretender justificar sistemáticos incumplimientos estatales en el plano de los DESC esgrimiendo el cumplimiento de los derechos civiles y políticos, porque como se sabe, la observancia de ciertos derechos humanos no legitima la denegación de otros, ya que la pauta de indivisibilidad de los derechos justamente prohíbe de modo taxativo que el logro de mejoras en uno de ellos sea a expensas de otro u otros.

Por último, y en tercer lugar, si los económicos, sociales y culturales están sometidos a un patrón de progresividad para su cumplimiento por el Estado, parece apropiado pugnar por la superación de un desafortunado concepto de progresividad simbólica muy próximo a una suerte de inmovilidad o latencia, para desplazarse hacia la progresividad efectiva y real de tal modalidad de derechos. Ello conduciría a una progresiva efectividad que se retroalimenta con otro límite sustancial: la prohibición

⁸² Ver, entre otros trabajos de V. Bazán, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos, n° 1, Fundación Konrad Adenauer, oficina Ecuador, Quito, 2009.

⁸³ Ver V. Bazán, por ejemplo en "Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales", *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149; y "Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano", *Contextos*, n° 2-2011, Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, pp. 82-129.

de regresividad.

Dicho de otro modo, en materia de protección y realización de los derechos no sólo se debe avanzar progresivamente sino que, salvo situaciones excepcionales, está prohibido retroceder o involucionar.

Es preciso advertir que cuando hablamos de DESC no nos referimos a meras abstracciones o especulaciones académicas alejadas de la realidad, sino en concreto a derechos cotidianamente esenciales, como los vinculados a la salud, la alimentación adecuada, la educación, los salarios y condiciones dignos de trabajo, los montos decentes de jubilaciones o pensiones para los adultos mayores, las posibilidades de acceso a una vivienda decorosa, entre otros.

Es preciso recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁸⁴, que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que *“debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”*⁸⁵.

Consistente con ello se muestra la Observación General (OG) N° 9 del Comité de DESC, referida a ‘La aplicación interna del Pacto’, de 3 de diciembre de 1998. La misma ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que *“reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”*⁸⁶.

La canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia⁸⁷ judicial de que se trate.

Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los DESC presentan al

⁸⁴ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

⁸⁵ Parte II, párr. 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

⁸⁶ Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

⁸⁷ S. García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, n° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., p. 131.

menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo, esencial e inderogable del derecho en cuestión, punto éste que se perfila como un peculiar desafío para el activismo judicial y el Estado Constitucional.

Lo referido en este apartado está estrechamente asociado al punto que abordaremos a continuación.

VIII. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL MERCOSUR

1. Aclaración liminar

En un primer momento el Mercosur fue concebido sólo con fines comerciales y económicos; sin embargo, además de tales aspectos –por cierto importantes en la dinámica integrativa– no puede perderse de vista la magnitud social de tal fenómeno, con lo cual debe avanzarse en la línea de fortalecer un proceso que incluya semejante perspectiva social en su campo de mira.

Se ha puntualizado que al definir en el Tratado de Asunción como objetivo la consecución de un mercado común, resulta consustancial al proceso –al menos en términos teóricos– una dimensión de política común regional y una necesaria dimensión social. Pese a ello, tal magnitud social no fue considerada en dicho tratado y su inserción en la agenda se debió a una construcción específica desde los ámbitos laboral y educativo⁸⁸.

2. La importancia, al menos discursiva, de la Declaración Sociolaboral del Mercosur

Ya la cronológicamente lejana, pero siempre vigente, Declaración Sociolaboral del Mercosur, firmada en Brasilia el 10 de diciembre de 1998 por los Jefes de Estado de los Estados Partes del Mercosur, prefiguró algunos insumos argumentales importantes como pautas interpretativas y premisas de orientación en la fijación de la normativa y las políticas sociales de los Estados Partes y del propio modelo integrativo.

Basta recordar, por ejemplo, la consideración en torno a que los Estados Partes reconocieron, en los términos del Tratado de Asunción, “que la

⁸⁸ Cfr. L. Bizzozero, “Derechos humanos y dimensión social en los regionalismos del siglo XXI. Construcción y perspectivas desde el espacio regional del Mercosur”, en AA.VV., *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, cit. en nota 79, p. 28.

ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, por medio de la integración, *constituyó condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social*⁸⁹ –énfasis agregado–. Además, en ese entonces ya se verificaba como una realidad la necesidad de instituir mecanismos de seguimiento y evaluación de los componentes sociales de la mundialización de la economía, a fin de asegurar la armonía entre el progreso económico y el bienestar social; al tiempo de considerar que la integración involucra aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados, en este ámbito, por esa misma integración.

Asimismo, no es un dato menor que ya en aquel momento se subrayara la importancia de que los Estados Partes, además de miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hubieran ratificado las principales convenciones que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores, y adoptado en gran medida las recomendaciones orientadas hacia la promoción del empleo calificado, las condiciones saludables del trabajo, el diálogo social y el bienestar de los trabajadores.

Se tuvo también en cuenta que los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la DUDH (1948), el PIDCP (1966), el PIDESC (1966), la DADDH (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948) y la Carta de la OEA (1948).

De su lado, no les era desconocido que la integración regional no puede circunscribirse a la esfera comercial y económica, sino que debe abarcar la temática social, tanto en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, en lo referente al reconocimiento de una plataforma mínima de derechos de los trabajadores en el ámbito del Mercosur, correspondiente a las convenciones fundamentales de la OIT.

Y si a todo ello se suma que los Estados Partes del Mercosur han ratificado el Protocolo de San Salvador Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁹, los estándares normativos de protección y aseguramiento de tales derechos en el seno de aquellos Estados y en el ámbito de la propia estructura integrativa ofrecen un elevado nivel de exigencia que se satisfaría con acciones y políticas concertadas que van mucho más allá que las palabras y que reclaman conductas consistentes, pues precisamente la dignidad del ser humano –fin último de los procesos de integración– está en juego.

⁸⁹ En orden cronológico, Uruguay lo hizo el 2 de abril de 1996, Brasil el 21 de agosto de 1996, Paraguay el 3 de junio de 1997 y Argentina el 23 de octubre de 2003.

3. Otras instancias útiles para contribuir a fortalecer el perfil social del Mercosur

En un breve acercamiento, pueden señalarse algunas instancias que a lo largo del tiempo han sido creadas en relación con el tema que abordamos.

3.1. El Foro Consultivo Económico-Social

Fue concebido por el Protocolo de Ouro Preto y creado por Decisión del CMC n° 18/1998, de 10 de diciembre. Tiene funciones de asesoramiento y se expide por medio de recomendaciones al GMC, vale decir que no tiene capacidad decisoria propia. Está integrado por representantes de los sectores económicos y sociales de cada Estado Parte (cfr. arts. 29 y 28 de dicho Protocolo) y en su seno se debaten temas referidos a la consolidación de la unión aduanera, la profundización del proceso interactivo, el relacionamiento externo del Mercosur y distintos aspectos sociales de la integración (v.gr., relaciones de trabajo y seguridad social, migraciones, recualificación profesional, etc.).

3.2. La Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del Mercosur y el Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur

Cabe recordar que en diciembre de 2000, por medio de la Decisión n° 61/2000, el CMC creó oficialmente la *Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del Mercosur (RMADS)*, con el propósito de proponer medidas encaminadas a orientar la coordinación de políticas de desarrollo y acciones conjuntas para el desarrollo social de los Estados Partes.

El monitoreo de los trabajos de dicha Reunión se efectúa mediante el ya citado *Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur (FCCPM)*, ente vinculado al también nombrado Consejo.

3.3. La Secretaría Permanente del Mercosur Social

Fue en 2005 cuando se comenzó a consolidar el trabajo acumulado, mediante la creación de la *Secretaría* aludida en el epígrafe, que –*inter alia*– reconoce como objetivos elaborar una agenda social para el Mercosur e implementar un Plan Bienal de acción de la RMADS.

3.4. Algunas variaciones en el proceso de institucionalización de las políticas sociales

De su lado, la reunión del CMC de 15 de diciembre de 2008 en Salvador de Bahía (Brasil) supuso un cambio en el proceso de institucionalización de las políticas sociales del Mercosur, adoptándose dos resoluciones que sentaron las bases para la recomposición y la potenciación de las políticas sociales en el bloque: una, para la creación de la Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales del Mercosur; y la restante, dirigida a la adopción de un documento que contuviera ejes y directrices para la elaboración del Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur.

3.5. El Instituto Social del Mercosur

Contemporáneamente, se adoptaron decisiones relativas a la puesta en funcionamiento del *Instituto Social del Mercosur* (ISM), delineándose su estructura y presupuesto. El ISM surgió a partir de la aprobación de la Decisión del CMC n° 03/07, determinándose que el mismo funcionaría en Asunción, Paraguay.

3.6. Subgrupos de Trabajo y Reuniones Especializadas del GMC

Es hora de efectuar siquiera una mínima alusión a la labor que se realiza en el seno del GMC, órgano ejecutivo del Mercosur, operativamente por medio de los Subgrupos de Trabajos y Reuniones Especializadas, ámbitos en los que se generan recomendaciones al GMC en orden a que éste dicte una resolución o a su vez las remita al CMC para que adopte una decisión en casos de importancia.

Los Subgrupos de Trabajos que se conectan directamente con el marco de acción del Mercosur Social son principalmente los n°s 10, Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social, y 11, Salud. Entre las Reuniones Especializadas, algunas de las más específicas en relación con el tema que nos ocupa son las referentes a Derechos Humanos, a la Mujer, a la Agricultura Familiar, etc.

Se ha sostenido que “[e]s en estos Subgrupos de Trabajo donde más avances se han conseguido en temas sociales de diversos ámbitos: formación profesional, convalidación de titulaciones universitarias, correspondencia entre los derechos de jubilación para recibir una pensión en el país de residencia, obtención de residencia permanente en otro país, etc. Sin embargo, no podemos obviar el hecho de que a pesar de conseguirse avances puntuales, no se han logrado aún resultados significativos que

posicionen al ámbito social como eje central en Mercosur”⁹⁰.

3.7. Ciertos puntos de interés surgentes del Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur (2010)

En este escueto *racconto* descriptivo de algunas facetas del tema, enumeraremos ciertos puntos contenidos en el “Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur”, emitido en la Ciudad de San Juan (Argentina), los días 2 y 3 de agosto de 2010, en ocasión de la XXXIX Reunión Ordinaria del CMC del Mercosur:

- se reafirmó *“el compromiso de impulsar la participación y el protagonismo social en el proceso de integración regional, con el objetivo de avanzar en la profundización de sociedades más inclusivas y equitativas en la región”* (pto. 26);
- se compartió la visión de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) acerca de la necesidad de *“un desarrollo que reduzca la pobreza y las desigualdades, colocándose a la igualdad como centro de todos los esfuerzos para alcanzar un mayor bienestar de los pueblos latinoamericanos, y considerándose a la misma no exclusivamente en términos de acceso a las oportunidades sino también como titularidad de derechos”* (pto. 31);
- se reiteró que *“la consolidación de la dimensión social de políticas sociales es un eje fundamental en el desarrollo del Mercosur y, en tal sentido, reiteraron la importancia de alcanzar la plena puesta en funcionamiento del Instituto Social del Mercosur”* (pto. 32);
- se expresó la *“satisfacción por el reconocimiento del Mercosur como observador permanente en la Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo”* (pto. 33).

Sin perjuicio de que las consideraciones enunciadas no dejan de ser expresiones declamativas y, a veces, de ocasión por parte de los Presidentes de los Estados Partes y demás participantes de la Reunión, en algún punto son manifestaciones que marcan que –al menos en abstracto– se pretendería avanzar en algunas líneas de profundización de la textura social del proceso de integración.

⁹⁰ C. Fernández Tesoro, “El proceso de construcción del Mercosur Social y su labor en pro de la erradicación del trabajo infantil en la región”, 1ª Parte: ‘Proceso de institucionalización y estructura’, en N. Díaz Sacristán y C. Fernández Tesoro, *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 25. La obra citada ofrece utilidad descriptiva al lector para ampliar sobre diversos aspectos del Mercosur Social.

4. Colofón

Es deseable que, en prospectiva, las declamaciones en esta materia traspasen el umbral de la retórica y dejen lugar a los hechos, puesto que la democracia inclusiva y la atenuación de la desigualdad, la marginalidad, la exclusión social y la precarización laboral, *inter alia*, son necesidades impostergables y de primer orden de vastos y castigados sectores de los Estados Partes del bloque mercosureño, así como otros temas de gran calado e intensa sensibilidad como el trabajo infantil, las políticas migratorias, las cuestiones de género, etc.

De cualquier modo, estamos persuadidos acerca de que los avances serán muy escasos, cuando no nulos, si todos estos temas se reconducen al plano público estatal. Nos explicamos: con ser importantes la voluntad política para evolucionar en este campo tan delicado que muestra la materia social y las acciones que pudieran emprenderse desde tales esferas gubernamentales, nada será posible sin la participación consciente, responsable e informada de la sociedad civil.

Sobre el punto, se ha sostenido que “[u]na participación ciudadana estructurada dota a Mercosur de una mayor representatividad democrática, superándose así la falta de legitimidad señalada desde algunos sectores, al referirse a los técnicos estatales que realizan las negociaciones”⁹¹.

Añadiéndose que “[l]a meta de Mercosur Social será la creación de una ciudadanía social, poseedora de un sistema de derechos que pueden ejercer libremente y dotada de redes de protección que hagan posible una mayor cohesión social”⁹².

Y justamente, la cohesión social es un elemento clave para el desarrollo y la generación de mecanismos para disminuir las desigualdades.

⁹¹ N. Díaz Sacristán y C. Fernández Resoro, *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, cit., p. 14.

⁹² *Ídem*.

IX. REFERENCIA ENUNCIATIVA A ALGUNOS CASOS EN LOS QUE LA TEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CIERTOS CARACTERES DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ESTUVIERON PRESENTES EN LA CONSIDERACIÓN DE INSTITUCIONES DEL MERCOSUR

1. Pórtico

En este sector del trabajo, y simplemente a título de ejemplos, examinaremos un par de casos en los que estuvieron presentes en la consideración de los órganos actuantes la cuestión de los derechos humanos y algunos perfiles del derecho de la integración mercosureña, respectivamente.

Así, para el primer tema (derechos humanos) aludiremos a un laudo del TAAHM ante un complejo conflicto entre Uruguay y Argentina; mientras que para el segundo asunto (caracteres del derecho de la integración) referiremos a la primera opinión consultiva del TPR, que fuera solicitada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

2. Los casos

2.1. *El laudo del TAAHM emitido el 6 de septiembre de 2006*

El laudo en cuestión fue pronunciado en la fecha indicada por el TAAHM establecido para dirimir la controversia presentada por Uruguay contra Argentina sobre “*Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay*”⁹³.

La Argentina, parte demandada, procuró refutar el cargo según el cual habría incurrido en la indicada omisión, alegando que una acción más enérgica que los intentos de disuasión a los manifestantes respecto de los

⁹³ En la ocasión el TAAHM estuvo integrado por los Dres. Luis Martí Mingarro (Presidente, de España), José María Gamio (de Uruguay) y Enrique Carlos Barreira (de Argentina).

cortes de ruta, no habría sido procedente sino a riesgo de violar derechos humanos en vigor (libertad de expresión, de reunión y de manifestación) que en su derecho interno revisten rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal (ptos. 124 y 127). Asimismo, cuestionó la competencia jurisdiccional del TAAHM para entender en una materia que involucra aspectos de derechos humanos que, como tales, resultan ajenos a la normativa del Mercosur (pto. 125).

El TAAHM expresó que la parte reclamada parecía “*reposar en que el contenido del compromiso internacional depende de las posibilidades jurídicas que le brinda el propio derecho interno argentino en materia de derechos humanos*” (pto. 127). Al respecto, el citado Tribunal agregó que “[a]ceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del Mercosur, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969” (pto. 128), debiendo entenderse por “derecho interno” no sólo a las leyes nacionales sino también a la Constitución” (pto. 129).

Asimismo, el TAAHM razonó que “[e]n materia de acuerdos comerciales de cooperación y facilitación del comercio, el derecho internacional y el derecho interno así como las instituciones legales de uno y otro orden en materia de asuntos económicos (como es el caso del Mercosur) están inextricablemente entrelazados y no es posible entender el comportamiento de estos segmentos de derecho aislando unos de otros”⁹⁴ (pto. 132).

Entre otros aspectos, analizó lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución argentina, que acuerda jerarquía constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sosteniendo que estos propios instrumentos internacionales reconocen la relatividad de los derechos subjetivos de cada uno frente a los de los demás y la posibilidad de su limitación por razones de bienestar general, v.gr.: Preámbulo y art. XXVIII de la DADDH, art. 29.2 de la DUDH y art. 32.2 de la CADH – pto. 138–.

De ello el TAAHM extrajo que “*ni a[u]n en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás*”, tal como lo expresa el art. 29.2 de la DUDH, el art. 32.2 de la CADH y el art. 19, aps. 2 y 3, del PIDCP, “que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su art. 75 inciso 22” (pto. 139).

La limitación de extensión del presente trabajo nos impide avanzar en

⁹⁴ Para tal afirmación el TAAHM se basó en John Jackson, *The World Trading System*, 2nd Edition, 4th Printing, The MIT Press, USA, 2000, p. 26.

mayores consideraciones sobre el particular; sin embargo y más allá del resultado final de lo resuelto por el TAAHM, es remarcable que éste haya incursionado en el tema de los derechos humanos pese al cuestionamiento argentino (que consideramos inconsistente e infundado) en cuanto a la falta de competencia jurisdiccional de aquél para conocer de una cuestión que involucra aspectos de derechos humanos que, en tanto tales, devienen ajenos a la normativa del Mercosur.

2.2. La Opinión Consultiva n° 1/07 del TPR

La solicitud de Opinión Consultiva (O.C.) fue formulada por intermedio de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, a raíz de un pedido de la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción. La petición de dictado de una O.C. fue recibida en el TPR el 21 de diciembre de 2006 y evacuada el 3 de abril de 2007⁹⁵.

Uno de los puntos respecto de los cuales hubo unanimidad de criterio radicó en afirmar que: “Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como *interpretaciones prejudiciales consultivas*, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes” –énfasis añadido–.

Por lo demás, entre otros aspectos y luego de evocar que los tres caracteres básicos del derecho comunitario son: **i)** aplicación inmediata, **ii)** efecto directo y **iii)** prevalencia normativa respecto del derecho interno, en la citada O.C. algunos de los miembros del TPR⁹⁶ se apoyaron en tales elementos para concluir en la precedencia normativa del derecho de la integración mercosureña sobre el derecho interno⁹⁷.

En otro tramo de la O.C. se sostiene: “*El Derecho de Integración y el Derecho Comunitario originario, si bien tienen su origen en una fuente propia del derecho internacional como lo son los tratados –por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc.–, a partir*

⁹⁵ El TPR se expidió en plenario y actuó integrado por el Dr. Nicolás Eduardo Becerra en su calidad de Presidente, el Dr. João Grandino Rodas, el Dr. Wilfrido Fernández de Brix, el Dr. Ricardo Olivera García y el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli en su calidad de Quinto Árbitro. En algunas cuestiones hubo unanimidad, mas en otras mediaron mociones concurrentes, algún voto disidente, etc.

⁹⁶ Véase por ejemplo la posición del Dr. Wilfrido Fernández de Brix.

⁹⁷ Ver subap. III.C.1 y ss.

de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional”⁹⁸ –destacado nuestro–.

No podemos sino coincidir en cuanto a tal carácter preferente del derecho del Mercosur sobre el derecho interno. Sin embargo, cumple advertir que –desde nuestra óptica– la nítida intergubernamentalidad del ligamen integrativo y la carencia de instituciones verdaderamente supranacionales conspiran contra toda afirmación que lleve a inferir que la normativa mercosureña genere, en puridad, derecho comunitario.

Permítasenos, paradójicamente, cerrar este punto abriendo un paréntesis para recordar que, como explica Alonso García, la naturaleza autónoma del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en un sistema institucional propio, en cuyo marco se produce derecho y se controla el respeto de la constitucionalidad-legalidad comunitaria⁹⁹. Tal naturaleza autónoma, añade el referido autor, incluye la participación de los ordenamientos jurídicos nacionales: verticalmente, por medio de sus propias estructuras, complementarias del aparato institucional comunitario en su doble vertiente de producción jurídica y de control jurisdiccional; y horizontalmente, aportando concepciones y técnicas nacionales en la configuración de las reglas de juego del sistema comunitario¹⁰⁰.

En la actualidad, el Mercosur lejos está de producir derecho comunitario con los rasgos que en puridad lo tipifican: efecto directo, primacía y aplicación inmediata; además de carecer de instituciones de raíz supranacional.

X. DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE LOS TRIBUNALES O CORTES SUPREMOS Y LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, ADEMÁS DE LA INTERLOCUCIÓN DE LA CORTE IDH

Entre los órganos de cierre de la justicia constitucional en cada uno de los Estados Partes del Mercosur (STF en Brasil, CSJN en Argentina, SCJ en Uruguay, SCJ –Sala Constitucional– en Paraguay), las Constituciones de dichos Estados y las instituciones del Mercosur con el acervo jurídico del proceso de integración, debería conformarse una relación multilateral dinámica en torno a la protección de los derechos humanos en el espacio

⁹⁸ Vid. subap. III.D.2.

⁹⁹ R. Alonso García, *Derecho comunitario y derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999, p. 105.

¹⁰⁰ *Ídem*.

intraestatal y en el escenario compartido correspondiente al bloque integrativo.

Por cierto, todo ello sin perder de vista la importancia de los estándares que viene configurando la Corte IDH y que naturalmente deben servir de guía para las instituciones jurisdiccionales locales y los órganos del Mercosur con capacidad decisoria, porque aunque la meta nuclear que se tuvo al planificar el proceso integrativo no fue la tutela de los derechos fundamentales, sino los objetivos propios de una integración económica, el desarrollo de ésta en modo alguno puede dar la espalda a los derechos humanos que son expresión directa de la dignidad de la persona.

Consecuentemente, los Tribunales y Cortes Supremos no deberían resignarse a ser meros espectadores pasivos y, así, mecánicos aplicadores del derecho del Mercosur en cada uno de los Estados Partes, sino que están obligados a involucrarse y asumir el reto de ser protagonistas y operadores activos para estimular la preocupación (y la consecuente ocupación) por la sensible problemática de los derechos humanos en el marco de los procesos de integración económica.

Debe, por tanto pensarse la cuestión en términos de un diálogo multidireccional que tome en consideración la trascendental cuestión de los derechos fundamentales, y no entumecerse en una lógica unilateral. Es que, como *mutatis mutandi* se ha puntualizado, es preciso comprometerse en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las Cortes Constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las Cortes Constitucionales entre sí”¹⁰¹.

Ello, en la búsqueda de una integración jurídica que tenga por base axiológica la preservación de la democracia y las efectivas defensa y realización de los derechos humanos, lo que no sólo no es incompatible con el proceso de integración económica, sino que aquellos factores se presentan como pre-condiciones para un desenvolvimiento de éste con un volumen sustentable de legitimación jurídica y soporte axiológico.

Se ha sostenido que la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Mercosur presupone, invariablemente, que las instituciones de éste sean dotadas de poder de decisión de modo de actuar como garantes de los derechos fundamentales del bloque. Para alcanzar tal propósito,

¹⁰¹ M.E. Góngora Mera, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, Tº II, III de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 429.

los tribunales constitucionales deben evolucionar hacia una posición que fortalezca a aquellas instituciones por medio de la consagración del efecto directo. Ello significaría para los tribunales supremos del área un activismo judicial pocas veces visto, en el que tribunales internos desarrollan directamente una doctrina que contribuirá al fortalecimiento de un proceso de integración¹⁰².

El reconocimiento por los Estados Partes del sistema mercosureño de una jerarquía especial a los tratados de derechos humanos tiene una connotación práctica significativa: éstos pueden servir de parámetro para el control de los actos del Mercosur que ponen en riesgo derechos en ellos consagrados¹⁰³.

Continuando en la línea argumental bosquejada, si además se toma en cuenta que todos los Estados pertenecientes al Mercosur hacen parte de la CADH y han admitido expresamente la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, no es irrazonable reconocer en tal instrumento internacional la esencia y el rol del citado parámetro que, de acuerdo con el repaso normativo y jurisprudencial desarrollado en este trabajo, goza de una jerarquía diferenciada en los contextos internos, según corresponda, supralegal (Brasil, Uruguay y de alguna manera en Paraguay) o constitucional (Argentina).

De esta manera, cuando un Tribunal o una Corte Supremos verifican la violación de un determinado derecho humano sabe que esa vulneración puede ser referida a un instrumento internacional que se erige en norma obligatoria, genérica y aplicable en la totalidad de los Estados Partes del Mercosur: la CADH.

De todo lo dicho es posible extraer una conclusión adicional: ante semejante paisaje jurídico en el que los Estados del Mercosur comparten un parámetro común como la CADH, los respectivos tribunales máximos de la justicia constitucional deben llevar adelante el control de convencionalidad (como la CSJ argentina lo ha internalizado y practicado). Y del mismo modo están obligados a realizarlo los órganos competentes del Mercosur, que igualmente se encuentran vinculados por la CADH y los estándares interpretativos que a su respecto ha labrado la Corte IDH.

E incluso, una vez en pleno funcionamiento y siempre que exista sincera *voluntad política* de los Estados Partes, ello será también tarea

¹⁰² Cfr. G. Ferreira Mendes y G.R. Bandiera Galindo, "Direitos humanos e integração regional...", *cit.* en nota 17. Tales autores recuerdan que en Europa el surgimiento de la doctrina del efecto directo partió inicialmente de las instituciones comunitarias, más específicamente del TJCE, y demoró en ser "digerida" por los tribunales internos. Advierten que no sucedió algo semejante en el Mercosur, ante la ausencia de un tribunal con las características del TJCE.

¹⁰³ *Ídem.*

del IPPDDHH porque si se operativiza lo establecido en la Decisión n° 14/2009 del CMC, el mismo deberá cumplir su objetivo de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes, mediante el diseño y el seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, al tiempo de aportar a la consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y el desarrollo del Mercosur.

Análogamente, el IPPDDHH cuenta entre sus funciones la de cooperar (cuando los Estados Partes expresamente lo soliciten –y de allí nuestra insistencia en la necesidad de cabal empeño político–) en la implementación de los medios para una más efectiva y eficaz protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en las respectivas Constituciones Nacionales y en los instrumentos internacionales de derechos esenciales, y en la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU.

XI. EPÍLOGO

1. Cualquiera que fuese la decisión que se adopte para gobernar el futuro del Mercosur, en éste –como en cualquier proceso de integración económica– será siempre relevante todo cuanto se haga para compatibilizar eficiencia técnica con democracia¹⁰⁴, en orden a procurar la convergencia de una modulación de las relaciones que genera la tensión mercado, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra.

Recalcamos la necesidad de no evadir la dimensión humanista de los fenómenos integrativos, pues en paráfrasis de Monnet –ideólogo de la integración europea–, con la comunitariedad no se persigue la mera coalición de Estados, sino la unión de hombres¹⁰⁵.

No es un dato insignificante que el Preámbulo del Tratado de Asunción puntualice en su último párrafo lo siguiente: “*Reafirmando su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos...*” –remarcado agregado–, con la finalidad de alcanzar los objetivos que el tratado persigue.

2. Democracia y derechos humanos son pre-requisitos para la progresiva y sólida edificación de un espacio regional integrado como el

¹⁰⁴ M.A. Ciuro Caldani, *El Derecho Universal. Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Argentina, 2001, p. 95.

¹⁰⁵ La frase textual es: “No coaligamos Estados, unimos hombres”; aludida por Marcelino Oreja Aguirre, en I. Vega Mocochoa (coord.), *La integración económica europea*, Prólogo, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 15.

pretendido por los impulsores del Mercosur, soportes fundamentales de su legitimidad y recaudos insalvables para el ingreso y/o la permanencia de los Estados en dicha estructura integrativa.

3. El entramado institucional del Mercosur cuenta, al menos normativamente, con una cláusula de resguardo democrático encarnada en el Protocolo de Ushuaia, por supuesto además de la Carta Democrática Interamericana que presenta un radio de cobertura más amplio; y una cláusula de derechos humanos, significada en el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Mercosur, obviamente, con el paralelo sustento que le brindan otros instrumentos esenciales en la materia, como la CADH, con un espectro más extenso de operatividad.

Ambas “cláusulas” marcan el paso del fundamental respeto que debe existir por tales sustanciales elementos (democracia y derechos humanos), como condiciones ineludibles para la pervivencia de la estructura de integración, límites para la actuación de los órganos mercosureños y recaudos *sine qua non* para la permanencia de los Estados Partes en el bloque integrado o el pretendido acceso de otros a éste.

4. Observando la actualidad y pensando en la perspectiva del Mercosur, parece aconsejable adjudicar a la CADH (y a los restantes instrumentos internacionales que componen el *corpus juris* básico en materia de derechos humanos) un carácter vinculante en el contexto institucional mercosureño, sea en el presente estadio caracterizado por un vínculo meramente intergubernamental o ante una eventual transformación de la forma integrativa que, por ejemplo, conduzca a la instauración de un tribunal de justicia con sustento supranacional y potencialidad generadora de derecho comunitario.

5. Semejante perfil imperativo de la CADH en el bloque (tanto para los Estados como para las instituciones mercosureñas) constituiría un importante paso en pro de la solidificación de la protección de los derechos humanos, permitiría avanzar en la construcción de patrones jurisprudenciales sobre raíces menos aleatorias y contribuiría a evitar eventuales conflictos interpretativos originados en un doble estándar a partir de visiones discordantes entre el/los órgano/s competente/s mercosureño/s y la Corte IDH.

6. La CADH es –como quedó aseverado– el instrumento nuclear de tutela de los derechos humanos en el sistema interamericano, siendo común a los Estados Partes del Mercosur que, además de haberla ratificado, han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Siendo así, y si en un ejercicio hipotético trasladáramos *mutatis mutandi* la jurídicamente habilitada (e incluso hoy obligatoria) adhesión de la UE al CEPDHLF, y la pensáramos como alternativa posible en nuestro esquema integrativo para dar paso (con los ajustes normativos pertinentes) a

la incorporación del Mercosur a la CADH, ello implicaría positivar sin ambages un *hard core* de valores comunes compuesto por la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, que brindaría sostén a principios fundamentales como la democracia y el Estado de Derecho, respetando la diversidad cultural.

Supondría, igualmente, forjar una base jurídica de legitimación que haría irrecusable la realización del control de convencionalidad por las instituciones mercosureñas competentes, sin que ello supusiera la disolución de la identidad integrativa ni la difuminación de los propósitos y objetivos para los que el Mercosur fue creado.

7. Un Mercosistema impregnado axiológicamente de una política fuerte en materia de derechos humanos realzaría cualitativamente las metas del proceso integrativo y erigiría a aquéllos en parámetro de legitimidad del desenvolvimiento de las instituciones mercosureñas.

8. El aporte de los Tribunales y Cortes Supremos de los Estados Partes del Mercosur es singularmente importante para la consolidación de una recta cultura tuitiva de los derechos humanos en el espacio integrado y la instauración de una firme doctrina en la materia, que debe ser respetada y desarrollada por los órganos mercosureños adaptándolas a las particularidades del modelo integrativo y a su dinámica funcional.

9. El Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur se presenta como una instancia plausible para coadyuvar a la formación de una lógica cabal de los derechos humanos en el espacio compartido, que trascienda a las no infrecuentes declamaciones que adornan fraseológicamente a algunos discursos, comunicaciones, declaraciones, etc., de los representantes estatales.

Asimismo, puede resultar un ámbito valioso para aportar a la construcción de políticas públicas que, adecuadas a los rasgos distintivos de cada escenario estatal, apunten directamente a los problemas matrices y de fondo que originan las violaciones concretas de los derechos fundamentales en tales realidades locales, procurando combatirlos por medio de un conjunto estructurado y coherente de acciones positivas.

Naturalmente, y como todo, el futuro del Instituto (y del propio Mercosur) dependerá de la (en no pocas ocasiones lábil) voluntad política de los Estados Partes y de la existencia de un verdadero empeño institucional encaminado a que el *statu quo* interno de cada uno de ellos evolucione, gane en legitimidad y luego, así fortalecido, se proyecte hacia el espacio integrado.

De lo contrario, el IPPDHM quedará relegado a navegar impotentemente en las aguas de la indiferencia y a pasar al olvido como un ente más que en algún momento desfiló por los pliegues administrativos del Mercosur.

10. El denominado 'Mercosur Social', con el Instituto Social del Mercosur entre sus filas, es un espacio que pretende afianzar la dimensión social

como un eje central del desarrollo mercosureño.

En este ámbito se aprecia una multiplicación quizá un poco anárquica (que genera dispersión y superposiciones) de foros, subgrupos de trabajos, reuniones especializadas en la materia, aunque sin capacidad decisoria, lo que provoca que las propuestas que formulan, generalmente loables, queden estancadas en la maraña burocrática, con lo cual, las metas que persiguen se mediatizan, los cursos de acción sugeridos se ralentizan y así las iniciativas terminan entumeciéndose.

Sin perjuicio de ello, se han logrado algunos avances en temas puntuales; aunque los mismos se revelan insuficientes para considerar que se ha concretado el propósito oficial de entronizar a la dimensión y las políticas sociales como una línea axial del Mercosur.

11. Mensajes oficiales como los que pontifican que el progreso económico debe alcanzarse con justicia social, que es preciso avanzar en la construcción de una democracia inclusiva, o que deben combatirse flagelos como el trabajo infantil, la trata de personas, la desigualdad, la marginalidad y la precarización laboral; no pasarán del umbral de las palabras si no se actúa consistentemente desde la voluntad política de los Estados y el acompañamiento activo de la sociedad civil, que –empoderamiento mediante– puede aportar una mayor dosis de representatividad democrática y, por ende, una más fuerte legitimidad a los intentos por satisfacer aquellos propósitos.

Aunque tal vez obvio, es del caso recordar que la cohesión social es un elemento clave para el desarrollo y la generación de mecanismos para atenuar las desigualdades estructurales.

Como se ha afirmado, los pilares económico, estatal y social, “complementados con políticas públicas destinadas a generar empleo con modelos de producción sostenibles, formarían una buena base para conseguir un proyecto de integración dinamizador del desarrollo en el Cono Sur”¹⁰⁶.

12. Entre *i*) los órganos máximos de la justicia constitucional en cada uno de los Estados Partes del Mercosur, con sus respectivas Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como represa ideológica e insumos de validación axiológica; *ii*) las instituciones mercosureñas (v.gr., el TPR), con el acervo jurídico del proceso de integración que viene moldeándose, y *iii*) la *Corte IDH*, con su bagaje de estándares jurisprudenciales referidos a la CADH y demás tratados que conforman el *corpus juris* básico en la materia; debería conformarse una relación multilateral dinámica en torno a la protección de los derechos humanos en el espacio intraestatal, en el escenario compartido

¹⁰⁶ N. Díaz Sacristán y C. Fernández Tesoro, *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, cit., p. 14.

correspondiente al bloque integrativo y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

El favorecimiento de un diálogo interjurisdiccional al respecto podría conducir a una sinergia funcional que redundaría en una potenciación cualitativa de la tutela multinivel de los derechos fundamentales, en armonía con los principios y valores propios del derecho de la integración económica regional que el Mercosur aglutina, tanto en la actual etapa signada por un ligamen exclusivamente intergubernamental, como –con mayores magnitud e importancia– en una (eventual) futura fase con un tribunal de justicia de molde supranacional¹⁰⁷.

Esperemos que así sea.

TITLE

HUMAN RIGHTS AND MERCOSUR: PRESENT AND FUTURE

SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. PROPOSED ITINERARY.- III. SUBSTANTIAL VALUE OF HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY IN REGIONAL INTEGRATION PROCESSES. 1. Human Rights. 2. Democracy.- IV. REVIEW OF THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS IN THE COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW AND THE JURISPRUDENCE OF THE HIGHEST TRIBUNALS OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION OF MERCOSUR'S STATES PARTIES. 1. Brief pose the issue. 2. Signaling regulatory and jurisprudential. 3. An approach to Venezuelan scenario.- V. BASIC INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS IN MERCOSUR. 1. Preliminary. 2. Around the Public Policy Institute of Human Rights.- VI. SOME ADDITIONAL SPECIFIC ISSUES CONCERNING THE RELATIONSHIP BETWEEN HUMAN RIGHTS AND THE MERCOSUR INTEGRATION PROCESS.- VII. IMAGES THAT PROJECTS THE "HUMAN RIGHTS CLAUSE" IN MERCOSUR. 1. The Protocol Commitment of Asunción on the Promotion and Protection of Human Rights in the Mercosur. 2. Particular reference to some guidelines outlined by the Protocol of Asunción.- VIII. THE SOCIAL DIMENSION OF MERCOSUR. 1. Preliminary clarification. 2. The importance, at least

¹⁰⁷ Hoy parecieran haberse desacelerado la discusión y el fervor respecto de la *supranacionalidad*, quedando esta cuestión rezagada en la agenda de prioridades del Mercosur. Además han resurgido algunas discrepancias y quejas de parte de Brasil y Uruguay respecto de la política económica de Argentina y las trabas fijadas a las importaciones.

discursive of Labor Declaration of Mercosur. 3. Other instances useful to help strengthen the social profile of Mercosur. 4. Colophon.- IX. BRIEF REFERENCE TO SOME CASES IN WHICH THE SUBJECT OF HUMAN RIGHTS AND CERTAIN FEATURES OF REGIONAL INTEGRATION LAW WERE DISCUSSED BY MERCOSUR'S INSTITUTIONS. 1. Portico. 2. Cases.- X. LEGAL DIALOGUE BETWEEN SUPREME COURTS OF JUSTICE AND MERCOSUR'S INSTITUTIONS WITH THE PARTICIPATION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.- XI. EPILOGUE.

KEYWORDS

Human Rights and Regional Integration Law; Democracy; Constitutional Rule of Law; Mercosur; Constitutional Justice; Interjurisdictional Dialogue; Latin-American Comparative Law; Inter-American Court of Human Rights.

ABSTRACT

After more than two decades of the signing of the Asuncion Treaty, it is necessary to try to draw up a balance on some problems and challenges of Mercosur, in particular on how to articulate, *inter alia*, trade liberalization and macroeconomic coordinated policies that integration process aims (at least discursively), with the full protection of human rights and the existence of sustainable democratic models in each of the States Parties of Mercosur or those seeking to enter such an integration system.

Fecha de recepción: 10/11/2012 Fecha de aceptación: 29/11/2012.

